

TRIBUNAL ARBITRAL

de

**Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer
y José Daniel Echeverry Lacouture**

Contra

Best Coal Company S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Índice

| | Pág. |
|---|-------------|
| I.- Antecedentes y trámite procesal _____ | 5 |
| 1. Cláusula Compromisoria _____ | 5 |
| 2. Las Partes y sus Representantes _____ | 6 |
| 3. Convocatoria del Tribunal y etapa introductoria del proceso _____ | 7 |
| 4. La Controversia _____ | 11 |
| 4.1 La Demanda Principal Reformada _____ | 11 |
| 4.1.1 Pretensiones _____ | 11 |
| 4.1.2 Hechos _____ | 17 |
| 4.2 Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones _____ | 17 |
| 4.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio _____ | 17 |
| 4.2.2 Las excepciones formuladas _____ | 17 |
| 5. Primera Audiencia de Trámite y Etapa Probatoria _____ | 18 |
| 5.1 Primera Audiencia de Trámite _____ | 18 |
| 5.2 Etapa Probatoria _____ | 19 |
| 5.2.1 Pruebas documentales _____ | 19 |
| 5.2.2 Exhibiciones de documentos _____ | 19 |
| 5.2.3 Interrogatorios de parte _____ | 20 |
| 5.2.4 Testimonios _____ | 20 |
| 5.2.5 Pruebas desistidas _____ | 20 |
| 6. Alegatos de conclusión _____ | 21 |
| 7. Término de duración del proceso _____ | 21 |

| | |
|--|----|
| II.- Consideraciones del Tribunal | 22 |
| 1. Presupuestos procesales | 22 |
| 2. El Contrato de Promesa de Compraventa objeto del presente Trámite Arbitral | 23 |
| 3. Excepción de falta de competencia | 26 |
| 4. Excepción de indebida integración del contradictorio | 31 |
| 5. Validez del Contrato de Promesa de Compraventa y estudio de las pretensiones principales declarativas | 35 |
| 5.1 Las condiciones contenidas en el Contrato de Promesa analizado | 38 |
| 5.2 Interpretación de la condición contenida en el literal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa analizado | 45 |
| 5.2.1 ¿Los contenidos del contrato de promesa y en especial la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta fueron extendidos o dictados por la Promitente Compradora? | 46 |
| 5.2.2 ¿Es ambigua la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa? ¿En caso afirmativo, cuál es el origen de la ambigüedad? | 50 |
| 5.2.2.1 Ambigüedad de la condición D) de la cláusula quinta | 50 |
| 5.2.2.2 Causa u origen de la ambigüedad | 55 |
| 5.2.3 Interpretación objetiva de las cláusulas ambiguas. Interpretación contra el contratante que extendió o dictó la cláusula | 63 |
| 5.2.4 ¿Está cumplida la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa? | 66 |
| 6. Estudio del denominado grupo de pretensiones declarativas comunes a todos los grupos de pretensiones anteriores | 70 |
| 6.1 La primera pretensión declarativa de este grupo | 70 |

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
contra
Best Coal Company S.A.S.

| | | |
|-------|---|-----|
| 6.2 | La segunda y tercera pretensiones del grupo de las declarativas comunes _____ | 71 |
| 6.3 | Las pretensiones cuarta y quinta declarativas comunes _____ | 74 |
| 6.4 | La sexta pretensión declarativa común _____ | 76 |
| 6.5 | La séptima pretensión declarativa común y su subsidiaria _____ | 83 |
| 6.6 | La octava pretensión declarativa común _____ | 87 |
| 6.6.1 | Pago del impuesto predial a favor del Municipio de San Juan del Cesar _ | 87 |
| 6.6.2 | Pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca _____ | 88 |
| 6.6.3 | Pago del servicio público de energía eléctrica a favor de Electricaribe __ | 88 |
| 6.6.4 | Pago de la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira _____ | 90 |
| 6.7 | La novena pretensión declarativa común _____ | 91 |
| 6.8 | La décima y última de las pretensiones declarativas comunes _____ | 93 |
| 7. | Estudio de las pretensiones de condena _____ | 94 |
| 7.1 | Primera pretensión de condena _____ | 94 |
| 7.2 | Segunda pretensión de condena _____ | 95 |
| 7.3 | Tercera pretensión de condena _____ | 96 |
| 7.4 | Cuarta pretensión de condena _____ | 97 |
| 7.5 | Pretensiones de condena quinta y sexta _____ | 104 |
| 7.5.1 | Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral _____ | 105 |
| 7.5.2 | Agencias en derecho _____ | 106 |
| 7.5.3 | Gastos en que incurrió la parte Convocante _____ | 106 |
| 7.5.4 | Condena en Costas Total _____ | 107 |
| 8. | Juramento Estimatorio _____ | 107 |
| III.- | Parte Resolutiva _____ | 109 |

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture

contra

Best Coal Company S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture** (en adelante también "los demandantes" o "los convocantes") y **Best Coal Company S.A.S.** (en adelante también "la demandada" o "la convocada"), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva, el conflicto planteado en la demanda arbitral reformada, así como en sus respectiva contestación, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria que dio lugar al presente trámite está contenida en la Cláusula Décima Tercera del "*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES Y*

MEJORAS No. FS0019-SJ0026", la cual fue modificada por las partes mediante escrito de fecha 31 de octubre de 2017, que en su tenor literal dispone:

"DÉCIMA TÉRCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA.

*Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato, se resolverá por un tribunal de arbitramento de acuerdo con las siguientes reglas: (i) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (ii) El tribunal decidirá en derecho; (iii) El Tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá."*¹

2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

2.1. La parte convocante está conformada por las siguientes personas:

Gloria Lucía Echeverry Lacouture, quien actúa en nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.693.220 de Bogotá D.C.

Lissett Elena Monterroza Meyer, quien actúa en nombre propio, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.182.459 de Sincelejo.

José Daniel Echeverry Lacouture, quien actúa en nombre propio, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.646.569 de Valledupar.

En este trámite arbitral la parte convocante ha estado representada judicialmente por los abogados **Jaime Alberto Arrubla Paucar y Rafael McCausland Echeverry**, de acuerdo con el poder visible a folio 133 del Cuaderno Principal No. 1, a quienes se les reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 18 de diciembre de 2017 (Acta No. 1)².

¹ Cuaderno Principal No.1 - Folio 253.

² Cuaderno Principal No. 1 - Folio 242.

- 2.2.** La parte convocada es **Best Coal Company S.A.S.**, sociedad constituida mediante documento privado de 2 de diciembre de 2013, inscrita inicialmente en la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de diciembre de 2013, y posteriormente inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín el 23 de marzo de 2017, en el libro 9, bajo el número 6018, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada legalmente por el señor **Marco Antonio Orozco**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín³.

En este trámite arbitral la parte convocada está representada judicialmente por el abogado **Andrés Fernández de Soto Londoño**, de acuerdo con el poder visible a folio 143 del Cuaderno Principal No. 1, a quien se le reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 18 de diciembre de 2017 (Acta No. 1)⁴.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

- 3.1.** El 12 de mayo de 2017 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral⁵.
- 3.2.** El 23 de junio de 2017, las partes informaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el acuerdo al que habían llegado para nombrar de común acuerdo a los árbitros Sergio Muñoz Laverde, Hernando Herrera Mercado y Jorge Gabino Pinzón Sánchez.
- 3.3.** El 18 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁶, en la que las partes, a través de sus apoderados verbalmente modificaron el pacto arbitral contenido en la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Promesa de Compraventa, para efectos de ratificar la designación de los

³ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 60 a 66.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 242.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 54.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 241 a 245.

árbitros realizada de común acuerdo. 77. Tal modificación fue posteriormente presentada al Tribunal en escrito radicado el 31 de octubre de 2017

En dicha oportunidad, mediante el Auto No. 1, el Tribunal se declaró legalmente instalado, designó al doctor Sergio Muñoz Laverde como Presidente, nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría y reconoció personería a los apoderados de las partes.

Adicionalmente, mediante el Auto No.2 inadmitió la demanda por no cumplir con el requisito del juramento estimatorio y concedió el término de cinco días para la correspondiente subsanación. Por solicitud de las partes, en la misma providencia el Tribunal decretó una suspensión del proceso entre el 18 de diciembre de 2017 y el 16 de enero de 2018.

- 3.4.** El 19 de enero de 2018⁸, la parte convocante subsanó la demanda, la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No. 3 de 24 de enero de 2018 (Acta No. 2)⁹, providencia en la que se ordenó su respectivo traslado, el cual se surtió el 5 de febrero de 2018¹⁰.
- 3.5.** El 26 de marzo de 2018, en forma oportuna la parte convocada contestó la demanda¹¹, escrito en el que solicitó la vinculación al proceso de la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación, en calidad de litisconsorte necesario, petición que fue negada por el Tribunal mediante Auto No. 5 proferido el 17 de abril de 2018 (Acta No. 4)¹² por cuanto la sociedad objeto de solicitud de vinculación cedió su posición contractual a favor de la sociedad convocada, y con ello todos los efectos derivados del contrato cedido se deben predicar entre el cesionario y los contratantes cedidos. Contra la anterior decisión la parte convocada presentó recurso de reposición, el cual fue negado por el Tribunal.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 252 a 253.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 254 a 258.

⁹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 270 a 272.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 273.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 299 a 345.

¹² Cuaderno Principal No. 1 - Folios 354 a 361.

- 3.6.** Mediante Auto No. 6 proferido en la misma fecha (Acta No. 4)¹³ se corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio formuladas en la contestación de la demanda, lo cual generó el pronunciamiento de la parte convocante que incluyó la solicitud de pruebas adicionales¹⁴.
- 3.7.** El 9 de mayo de 2018, en forma oportuna, la parte convocante presentó un escrito de reforma de la demanda¹⁵, en el que incluyó una solicitud de decreto de medidas cautelares, las cuales fueron negadas por el Tribunal mediante Auto No. 10 proferido el 20 de junio de 2018
- 3.8.** Mediante Auto No. 8 de 10 de mayo de 2018 (Acta No. 6)¹⁶, el Tribunal admitió la demanda reformada y ordenó su traslado a la parte convocada.
- 3.9.** El 31 de mayo de 2018, en forma oportuna, la convocada contestó la demanda reformada, objetó el juramento estimatorio y adicionalmente formuló llamamiento en garantía contra la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación¹⁷.
- 3.10.** Mediante Auto No. 9 de 20 de junio de 2018 (Acta No. 7)¹⁸, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía de la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación, y ordenó su notificación personal así como el traslado correspondiente.
- 3.11.** El 13 de agosto de 2018, en la oportunidad debida, la sociedad CCX Colombia S.A. en liquidación presentó recurso de reposición contra el auto admisorio del llamamiento en garantía¹⁹, el cual, previo traslado y pronunciamiento de las partes, fue resuelto por el Tribunal mediante Auto No. 14 de 31 de agosto de 2018 (Acta No. 9)²⁰, con la revocatoria del Auto No. 9 y la inadmisión del llamamiento en garantía por incumplimiento del requisito contemplado en el

¹³ Ibídem.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 371 a 377.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 77.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 78 a 81.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 86 a 139.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 140 a 148.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 231 a 239.

numeral 3° del artículo 84 del C.G.P. En consecuencia, se le otorgó a la parte convocada el término establecido en la Ley para la correspondiente subsanación, transcurrido el cual esta atendió el requerimiento del Tribunal²¹.

3.12. Mediante Auto No. 15 de 14 de septiembre de 2018 (Acta No. 10)²², el Tribunal admitió el llamamiento en garantía subsanado formulado contra CCX Colombia S.A. en liquidación y ordenó el correspondiente traslado.

3.13. El 16 de octubre de 2018, la sociedad llamada en garantía presentó su contestación de la demanda reformada y del llamamiento en garantía, planteando entre otros, la falta de competencia del Tribunal para dirimir diferencias relacionadas con dicha sociedad y adicionalmente expresó que no adhería a la cláusula compromisoria que dio lugar a la convocatoria del proceso arbitral²³.

3.14. Mediante Auto No. 17 de 22 de octubre de 2018 (Acta No. 11)²⁴ se corrió traslado de las excepciones formuladas en las contestaciones de la demanda reformada y de las objeciones al juramento estimatorio, traslado que fue descorrido por la parte convocante en la debida oportunidad²⁵.

3.15. El 22 de noviembre de 2018 (Acta No. 14)²⁶ se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que las partes no lograron acuerdo conciliatorio alguno, por lo cual, mediante Auto No. 20 proferido en la misma fecha, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso, monto que en lo concerniente a las sumas a cargo de las partes convocante y convocada, fue pagado en su totalidad por la primera, pero respecto del cual, según se le informó al Tribunal, la convocada procedió al reembolso en favor de la convocante del porcentaje a su cargo. La sociedad llamada en garantía no realizó pago alguno, y tampoco lo hizo la convocada por cuenta de esta.

²¹ Cuaderno Principal No. 2 - Folio 241 y Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 243.

²² Cuaderno Principal No. 2 - Folios 242 a 244.

²³ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 260 a 290.

²⁴ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 291 a 294.

²⁵ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 301 a 317.

²⁶ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 331 a 337.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. La Demanda Principal Reformada

4.1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos planteados en la demanda y en la normatividad invocada, la convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas²⁷:

"1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

"i. Pretensiones Declarativas Principales

"Primera. Que se declare que las cláusulas que integraron el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes fueron extendidas y dictadas por la Promitente Compradora.

"Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión Declarativa Principal: Que se declare que la Cláusula Quinta de la Promesa denominada "Condición Resolutoria" del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 fue extendida y dictada por la Promitente Compradora.

"Segunda. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la Promitente Compradora.

"Tercera. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 debe interpretarse en contra de la Promitente Compradora y a favor de los Promitentes Vendedores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil.

²⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 29 a 34.

"Cuarta. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (mining pit) del Proyecto Cañaverales.

"Quinta. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se encuentra cumplida desde la fecha en la que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio).

"ii. Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias

"Primera. Que se declare que la Promitente Compradora ejerció posición dominante en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Segunda. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de la posición dominante que ostentaba en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos otrosíes.

"Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Tercera. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva y por lo tanto es nula absolutamente.

"Primera Pretensión Subsidiaria a la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva y por lo tanto se tenga por no escrita y no produzca efecto alguno.

"Segunda Pretensión a la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es abusiva, por lo que se debe interpretar a favor de los demandantes, y por lo tanto se encuentra cumplida se encuentra cumplida (sic) desde la fecha en la que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio).

"iii. Segundo Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias

"Primera. Que se declare que la Promitente Compradora se valió de medios ilícitos para que la condición del literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026 no se haya cumplido.

"Segunda. Que se declare que la condición del literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por se tiene por cumplida en los términos del artículo 1538 del Código Civil.

"iv. Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes a todos los Grupos de Pretensiones Anteriores

"Primera. Que se declare que se cumplieron la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, en la fecha que se pruebe en el curso del proceso.

"Segunda. Que se declare que en la fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar del cumplimiento de las mismas a los Demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5º) día hábil siguiente, de conformidad con la Cláusula Séptima del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Tercera: Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el cumplimiento de las condiciones a los Demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5º) día hábil siguiente, y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Cuarta. Que se declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio establecido en el literal d) de la Cláusula Cuarta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026, modificado por la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2, se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Quinta. Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

"Sexta. Que se declare que la Promitente Compradora incumplió con los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los deberes de información, claridad, lealtad y corrección.

"Séptima. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de su posición dominante en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Pretensión Subsidiaria a la Séptima. Pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

"Octava. Que se declare que la Promitente Compradora no ha cumplido con su obligación contractual de pagar todos los servicios públicos e impuestos relacionados con La Esmeralda desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma.

"Novena. Que se declare el incumplimiento del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por parte de la Promitente Compradora.

"Décima. Que se declare que los incumplimientos atribuibles a la Promitente Compradora han generado perjuicios para los Promitentes Vendedores y la Promitente Compradora debe indemnizar dichos perjuicios.

"2. PRETENSIONES DE CONDENA

"Primera. Que se ordene a BCC a comparecer a la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá a las 10:00 a.m. del quinto día hábil siguiente de la fecha del laudo para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre el Predio, o en la fecha que lo estime conveniente el Tribunal.

"Segunda. Que se condene a BCC al pago de la última parte del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa, de MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00) de la siguiente manera:

"OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes a la señora GLORIA LUCÍA ECHEVERRY LACOUTURE.

"OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes al señor JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE.

"DOSCIENTOS TREINTA (sic) DOS MILLONES SEISCIENTOS DICE (sic) MIL OCHENTA Y SISTE (sic) PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$232.612.087,50) correspondientes a la señora LISSET MONTERROZA MEYER.

"Tercera. Que se condene a BCC al pago de los intereses moratorios sobre el capital adeudado a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago.

"Cuarta. Que se condene a BCC al pago correspondiente a la cláusula penal del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, por valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000,00) y a los intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago.

"Quinta. Que se condene a la Demandada al pago de las costas y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral.

"Sexta. Que se condene a la Demandada al pago de las agencias en derecho a favor de los Demandantes."

4.1.2. Hechos

La demanda contiene 115 hechos clasificados en las siguientes secciones²⁸:

- a. *"Antecedentes."*
- b. *"La llegada de MPX a Colombia."*
- c. *"La Entrega del Inmueble y la Promesa de Compraventa."*
- d. *"La Cesión a YCCX."*
- e. *"Otros Incumplimientos de la Promitente Compradora."*

4.2. Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones

4.2.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio.

La convocada contestó oportunamente la demanda reformada pronunciándose expresamente sobre cada uno de los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente y negando los demás. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda reformada.

4.2.2. Las excepciones formuladas

La convocada formuló las siguientes excepciones²⁹:

"Primera: El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas."

²⁸ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 5 a 29.

²⁹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 107 a 122.

"Segunda: Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual.

"Tercera: Inexistencia de posición de dominio de CCX en la estructuración redacción, negociación y celebración del contrato de promesa de compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes.

"Cuarta: Ausencia de abuso de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del contrato de promesa de compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes.

"Quinta: Ausencia de posición de dominio contractual y/o abuso del derecho de BCC como cesionaria de CCX en el Contrato de Promesa.

"Sexta: La condición pactada en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa no es ambigua.

"Séptima: Imposibilidad de rebelarse contra los actos propios.

"Octava: Inexistencia de incumplimiento del contrato de Promesa de Compraventa.

"Novena: Imposibilidad de cumplimiento de la obligación de pago de derecho de uso de agua por causa imputable exclusivamente al promitente vendedor.

"Décima: Improcedencia de exigibilidad de la cláusula penal.

"Décima Primera: Genérica e innominada."

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA

5.1. Primera Audiencia de Trámite

El 17 de enero de 2019 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, el Tribunal, mediante Auto

No. 21 (Acta No. 16)³⁰, se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento, y determino que carecía de competencia para pronunciarse sobre las controversias planteadas en el llamamiento en garantía formulado por la convocada contra CCX Colombia S.A. en liquidación por cuanto esta sociedad no es parte del contrato objeto de la litis, y en tal virtud no es posible extenderle los efectos de la cláusula compromisoria contenida en el mismo, a más de que manifestó no adherir a la citada cláusula compromisoria.

5.2. Etapa probatoria

En la misma fecha, mediante Auto No. 23³¹, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación:

5.2.1. Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad, con excepción de la *"transcripción de la conversación telefónica sostenida entre Manuel Barragán, ex gerente jurídico de MPX, y Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Promitente Vendedora el 23 de noviembre de 2013"* aportada por la parte convocante, prueba que fue negada mediante Auto No. 27 de 26 de marzo de 2019.

5.2.2. Exhibiciones de documentos

Se practicó una exhibición de documentos a cargo de CCX Colombia S.A. en liquidación, los cuales fueron incorporados al expediente³² mediante Auto No. 26 proferido el 12 de marzo de 2019 (Acta No. 20)³³.

³⁰ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 363 a 378.

³¹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 381 a 391.

³² Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 411.

³³ Cuaderno Principal No. 2 – Folio 462.

5.2.3. Interrogatorios de parte

El 26 de marzo de 2019 (Acta No. 21)³⁴ se practicaron los interrogatorios de parte, los cuales fueron absueltos por el señor Marco Antonio Orozco Álvarez, representante legal de la parte convocada, y por los convocantes José Daniel Echeverry Lacouture, Gloria Lucía Echeverry Lacouture y Lissett Elena Monterroza Meyer.

5.2.4. Testimonios

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación en las fechas que se señalan:

- El 12 de febrero de 2019 (Acta No. 17)³⁵ se recibieron los testimonios de los señores: **Javier Barake Bojanini, Carlos Gerardo Mantilla y Manuel Barragán.**
- El 14 de febrero de 2019 (Acta No. 18)³⁶ se recibió el testimonio de la señora **Lina María Patiño Perilla.**
- El 18 de febrero de 2019 (Acta No. 19)³⁷ se recibió el testimonio del señor **David Arce Rojas.**
- El 12 de marzo de 2019 (Acta No. 20)³⁸ se recibieron los testimonios de los señores: **Diana Carolina Niño Roles y Óscar Iván Saavedra Gómez.**

Las anteriores declaraciones fueron grabadas y sus correspondientes transcripciones fueron incorporadas al expediente.

5.2.5. Pruebas desistidas

Las pruebas que se indican a continuación no se practicaron ante el desistimiento formulado por la parte solicitante de cada uno de estos medios probatorios.

³⁴ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 471 a 475.

³⁵ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 410 a 415.

³⁶ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 437 a 439.

³⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 441 a 445.

³⁸ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 458 a 462.

- Testimonios de los señores **Ricardo Gaviria Jansa, Teresita Rueda Armella, Andrés McCausland Noguera, Luis Torga, José Domingo Cuello Daza, Víctor Bolívar Cuello Cuello, Duver Albeiro Rivas Meriño, Natalia Pineda y Juan Ernesto Puentes Parra.**
- Inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de perito para ser respectivamente practicadas en CCX Colombia S.A. en liquidación y en la sociedad convocada.
- Prueba por Informe a cargo de la Alcaldía del municipio de Fonseca, La Guajira.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 30 de julio de 2019 (Acta No. 25)³⁹, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos que fueron incorporados al expediente⁴⁰.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 17 de enero de 2019, con lo cual habría vencido el 17 de julio de 2019. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

| Acta – Auto | Fechas de suspensión | Días hábiles |
|---------------------------|--|---------------------|
| Acta No. 16 – Auto No. 23 | 18 de enero a 10 de febrero de 2019 (ambas fechas inclusive) | 16 |
| Acta No. 19 – Auto No. 25 | 19 de febrero a 11 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive) | 15 |

³⁹ Cuaderno Principal No. 4 – Folios 1 a 4.

⁴⁰ Cuaderno Principal No. 4 – Folios 5 a 161.

| | | |
|---------------------------------|---|------------|
| Acta No. 20 – Auto No. 26 | 13 a 25 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive) | 8 |
| Acta No. 24 – Auto No. 31 | 29 de mayo a 29 de julio de 2019 (ambas fechas inclusive) | 41 |
| Acta No. 25 – Auto No. 32 | 31 de julio a 26 de septiembre de 2019 (ambas fechas inclusive) | 40 |
| Total días de suspensión | | 120 |

De acuerdo con el anterior reporte el proceso estuvo suspendido durante ciento veinte (120) días hábiles, que sumados a los del término, permiten concluir que este vence el trece (13) de enero de dos mil veinte (2020). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición del pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- 1) Se probó la existencia de los convocantes Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lizzett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture, quienes actúan en nombre propio en el presente proceso, con lo cual se cumple el requisito de capacidad para ser parte.
- 2) De conformidad con el certificado de existencia y representación legal obrante en el proceso, se encuentra acreditado que Best Coal Company S.A.S. es una persona jurídica legalmente constituida y representada, con lo cual se cumple el requisito de capacidad para ser parte.
- 3) Las partes actuaron por conducto de apoderados, que fueron debidamente reconocidos como tales.

4) El Tribunal constató que:

- i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
- ii. Las partes:
 - Eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas; y
 - La convocante consignó oportunamente las sumas que le correspondían al igual que aquellas que se fijaron a cargo de la convocada, tanto por concepto de gastos, como por concepto de honorarios.
- iii. Las controversias planteadas, excepto aquella sobre la cual el Tribunal declinó su competencia (llamamiento en garantía formulado contra CCX Colombia S.A. en liquidación), se refieren a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter a arbitraje y las partes tienen capacidad para ello.
- iv. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes.
- v. No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación, a lo que debe añadirse la práctica del control de legalidad en las respectivas etapas del proceso, en cuya virtud el Tribunal no encontró vicio que afectara el trámite y, por ende, requiriera su saneamiento. Respecto de lo anterior las partes expresaron su conformidad.

2. EL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA OBJETO DEL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL

Antes de abordar de fondo el debate planteado, el Tribunal considera oportuno dejar consignadas unas breves consideraciones respecto del contrato objeto de este debate, especialmente en lo que se refiere a sus partes, pues, como se verá, la posición

contractual del promitente comprador fue objeto de cesión, circunstancia que ha llevado a la Convocada a estructurar la excepción que denominó "*Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual*".

Las controversias existentes entre las partes se derivan del "CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES Y MEJORAS No. FS0019-SJ0026", celebrado el 9 de marzo de 2011 entre los señores Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture, como promitentes vendedores, quienes integran la parte convocante en este proceso, y la sociedad MPX Colombia S.A., como promitente compradora.

El objeto del contrato consistía en la promesa de vender el predio "La Esmeralda" ubicado en el municipio de San Juan del Cesar, departamento de La Guajira, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 214-0005905, de propiedad de los convocantes, así como las mejoras existentes en el predio también denominado "La Esmeralda", ubicado en el municipio de Fonseca, departamento de La Guajira, al que le corresponde la cédula catastral No.0005-078-000, respecto del cual los Convocantes tenían la ocupación.

El 18 de mayo de 2012 la sociedad promitente compradora cambió su nombre al de CCX Colombia S.A.⁴¹

El mencionado Contrato de Promesa fue modificado por las partes en dos ocasiones:

- (i) Mediante el "Otrosí No. 1" suscrito el 14 de junio de 2012⁴², en virtud del cual se adicionó un párrafo a la cláusula Octava del Contrato, en virtud del cual se autorizó el ingreso de la Promitente Compradora a los predios, y se le garantizó la tenencia material de los mismos hasta la fecha de la firma de la Escritura Pública de compraventa y su posterior inscripción en la oficina de registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar. Adicionalmente se asignó a la Promitente Compradora la obligación de pagar los servicios públicos y el impuesto predial, a partir de la fecha de entrega de los inmuebles.

⁴¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 68.

⁴² Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 80 a 85.

- (ii) Mediante Otrosí No.2 suscrito el 21 de noviembre de 2012⁴³, las partes modificaron el precio del Contrato previsto en la cláusula cuarta del mismo, el cual quedó en la suma total de \$14.217.000.000.

Posteriormente, el 26 de marzo de 2014 el Contrato de Promesa objeto de controversia fue cedido por la Prometiente Compradora en favor de la sociedad YCCX Colombia S.A.S. (hoy Best Coal Company SAS -BCC) con motivo de la celebración de un "CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS", mediante el cual esta última adquirió todos los "*activos, propiedades y derechos de todo tipo y naturaleza, ya sean muebles, inmuebles o mixtos, tangibles o intangibles, de todo tipo y descripción, donde sea que se encuentren, ya sea que existan actualmente o se adquieran en el futuro (...)*"⁴⁴, incluido el "Proyecto Cañaverales" y las "*promesas de compraventa que se requieren para el desarrollo de los proyectos para estipular la propiedad y el uso de los Activos Adquiridos*"⁴⁵.

En comunicación fechada agosto de 2016, cuyo asunto es "*Asunto: Notificación cesión contrato promesa de compraventa de inmueble y mejoras N° FS0019 – SJ 0026*", CCX Colombia S.A. y YCCX Colombia S.A.S. le notificaron a los convocantes la cesión de la Promesa de Compraventa, en los siguientes términos:

"Como es de público conocimiento, CCX Colombia S.A. se obligó a venderle a YCCX Colombia S.A.S. los activos de la primera relacionados con el proyecto minero integrado que se encuentra adelantando CCX Colombia S.A., incluyendo los derechos y obligaciones de CCX Colombia S.A. bajo el mencionado contrato de promesa de compraventa.

"Teniendo en cuenta todo lo anterior, por medio de la presente, en aplicación del artículo 887 del Código de Comercio, nos permitimos notificar la cesión del contrato de promesa de compraventa de inmueble y mejoras N° FS0019 – SJ 0026 en favor de YCCX Colombia S.A.S., [hoy BCC] quien a partir de la notificación de esta comunicación

⁴³ Ibidem – Folios 86 a 89.

⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 268.

⁴⁵ Ibidem – Folio 269.

ocupará la posición de promitente comprador en los mismos términos y condiciones pactados en dicho contrato.”⁴⁶

Aunque no consta formalmente la aceptación de la cesión⁴⁷, debe concluirse que sí se aceptó. Esto se reconoce en el hecho 89 de la demanda. Además, de tal aceptación da inequívoca cuenta la circunstancia de que la aquí demandada es BCC (antes YCCX).

El 17 de febrero de 2017, YCCX Colombia S.A.S. cambió su razón social por la de Best Coal Company S.A.S., sociedad convocada en el presente trámite arbitral.⁴⁸

En ejecución de la citada Promesa de compraventa, los Convocantes recibieron el pago de las sumas establecidas en el Contrato, exceptuando la suma de \$1.860.896.700, que quedó pendiente para cuando se hubiese firmado la escritura pública de compraventa y se hubiese expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria donde constara la tradición del inmueble a favor de la Promitente Compradora.

Con base en el recuento que queda expresado, la primera tarea del Tribunal consiste en despachar las dos primeras excepciones formuladas por la parte Convocada⁴⁹, puesto que según estas, (i) el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las dos primeras pretensiones declarativas y (ii) hay indebida integración del contradictorio y existe falta de legitimación en la causa pasiva de BBC en relación con las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual.

Sin una decisión sobre la materia, no sería posible despachar de fondo y con plenitud las pretensiones de la demanda y los demás medios exceptivos esgrimidos.

3. EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

Se formuló así:

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 110 a 111.

⁴⁷ Incluso en el expediente obra una comunicación de los promitentes vendedores en la que afirman no aceptar la cesión.

⁴⁸ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 61.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 107 a 122.

"Primera: El Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas.

El asunto involucrado en esta excepción fue ya objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal en la primera audiencia de trámite, al desatar el recurso de reposición presentado por la parte Convocada contra la providencia en virtud de la cual se declaró competente para resolver las controversias sometidas a su consideración⁵⁰.

En esa oportunidad el Tribunal manifestó:

"La cláusula compromisoria que ha dado lugar a la convocatoria del Tribunal habilita al panel arbitral para pronunciarse sobre "Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato".

"Visto el alcance de la habilitación otorgada, es claro para el Tribunal, que lo relativo a la 'celebración del contrato' incluye los actos que hayan dado origen a la misma, de manera que las pretensiones invocadas por el recurrente están amparadas por la cláusula compromisoria pactada por las partes. En este sentido el Tribunal reitera, según se señaló en el auto No. 5, que en su criterio la conducta de CCX en torno a la celebración del contrato o fase precontractual es una circunstancia inherente al contrato."

Sin perjuicio de lo anterior, y comoquiera que en el laudo corresponde decidir sobre las excepciones propuestas, el Tribunal, a más de reiterar lo que sobre el particular ha sostenido en las oportunidades procesales aludidas, deja expresadas las siguientes consideraciones respecto de los aspectos concernientes a la supuesta falta de competencia sobre las pretensiones relacionadas con la etapa precontractual.

A ese respecto, la parte convocada señaló que el Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de cualquier asunto no relacionado con la celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Promesa. En consecuencia, argumentó que cualquier diferencia que pudiera existir entre las partes, relacionada con etapas anteriores a la celebración del contrato, escapa a la competencia del Tribunal.

⁵⁰ Audiencia del 17 de enero de 2019 en la que se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite como obra en Auto No. 21 (Acta No. 16).

Para dilucidar la cuestión, conviene transcribir el contenido de la cláusula compromisoria del negocio jurídico celebrado entre las partes:

"DECIMA TERCERA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato, se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo efectuado entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliaciones Mercantiles de dicha Cámara. El tribunal se sujetará a las siguientes reglas: [...] Los costos de funcionamiento de este tribunal serán asumidos por ambas partes en sumas iguales."

La Convocada argumenta que a pesar de la claridad de la cláusula arbitral, los Convocantes presentaron pretensiones declarativas que se referirían a etapas contractuales anteriores a la celebración del Contrato de Promesa, y que no estarían incluidas en el alcance de la cláusula compromisoria.

En primera instancia, el Tribunal advierte que algunas de las pretensiones girarían sobre la discusión de conductas atinentes a la estructuración, redacción y negociación del aludido contrato⁵¹, materias sobre las cuales la parte demandada señala que están relacionadas con etapas previas a la celebración del Contrato de Promesa y, por lo tanto, que desbordarían la habilitación arbitral. Adicionalmente, argumenta que dichas pretensiones se refieren a una instancia precontractual de la cual no hizo parte, y por ende, no puede ser tenida como responsable.

Indudablemente, la estructuración jurídica de los acuerdos que celebran las partes comienza con una fase previa en la que ellas entran en tratativas, presentan ofertas, términos de negociación, etc., lo que hace prosperar a futuro, tal vínculo contractual. En

⁵¹ "Primera. Que se declare que la Promitente Compradora ejerció posición dominante en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Segunda. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de la posición dominante que ostentaba en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Declarativas Subsidiarias. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes."

ese estadio, como se explicará detalladamente más adelante, cada uno adquiere cargas y el deber, entre otros, de dar la información suficiente, clara y veraz sobre el negocio que pretende celebrarse. Este escenario, es insumo básico para los contratantes, con el fin de perfilar el objeto del contrato, así como sus particularidades.

De esta manera se puede afirmar que dicha etapa precontractual tiene por cometido ser el escenario para el cumplimiento de los deberes de información y la definición de la causa del contrato.

Ahora bien, normalmente lo ocurrido en la etapa precontractual, no es argumentado por las partes como determinante para excluir la competencia arbitral, pero en la medida en que en este caso así se ha argüido, se hace menester referirnos al punto.

Como es sabido, a través del contrato las personas pueden relacionarse jurídicamente a través de un acuerdo celebrado entre dos o más partes, en virtud del cual crean, regulan o extinguen entre ellas una relación jurídica de carácter patrimonial, de conformidad con la definición establecida en el artículo 884 del C. de Co.

Esa noción no le resta transcendencia a lo acontecido en la víspera de celebrar un contrato, pues los actos preparatorios son los que llevan a su conclusión posterior. Es por eso que aquellos están inescindiblemente ligados a la celebración del contrato, y en consecuencia, son presupuestos del mismo. Desde esas consideraciones, se encuentran conectadas las llamadas fases precontractual y contractual, siendo aquella la fuente primaria de la segunda, y de hecho su génesis. La consecuencia legal prevista en el artículo 863 del Código de Comercio, consistente en el resarcimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento del principio de buena fe durante la etapa precontractual, de ninguna manera excluye el hecho consistente en que dicha etapa sea útil y pertinente a la hora de examinar e interpretar tanto el contenido de un contrato y sus alcances, como el comportamiento de quienes se han relacionado jurídicamente a partir de dicha etapa.

En tal sentido, no se comparte la delimitación que la Convocada le atribuye a la celebración del contrato, para separarla en forma tajante de la fase anterior o precontractual; ello porque la "celebración" no puede entenderse de espaldas a la fase precontractual como lo quiere hacer ver la parte Convocada. Tal celebración es, precisamente, la culminación de la fase precontractual, de tal manera que el contrato

formado no es cosa diferente de aquel que las partes diseñaron desde los tratos preliminares, la oferta y la aceptación, independientemente de que, como en el caso que ocupa la atención del Tribunal, el negocio deba constar por escrito.

Debe precisar el Tribunal que la jurisprudencia que citó la Convocada al formular la excepción, confirma la conclusión del Tribunal. En efecto, al plantearse la primera excepción se citó la sentencia de casación 6151 de agosto 12 de 2002, en la que la Corte afirmó sobre el carácter extracontractual de la etapa precontractual lo siguiente:

"La otra fase o situación jurídica a la cual se hizo referencia antes, es aquella que aparece circunstanciada por los tratos previos al negocio o sea la etapa preliminar, de tratativas, antelada al ajuste perfecto o acabado del contrato mismo. En torno a ella se averigua en el evento del rompimiento si se incurre o no en responsabilidad cuando del mismo [se refiere al rompimiento] surge algún daño, y de haberla por la clase de ella, es decir, si extracontractual o contractual." (Subraya el Tribunal)

"...

"En las oportunidades en que la Corte ha tratado el punto, ha optado por la teoría extracontractualista."

Lo que la Corte afirmó en el aparte de la sentencia transcrita por la Convocada en su contestación de la demanda, se refiere a la naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil **por rompimiento de la etapa preliminar**. Según la sentencia que se comenta si **antes del perfeccionamiento del negocio** una de las partes **rompe** la fase precontractual, habrá responsabilidad civil extracontractual.

La hipótesis fáctica de la conclusión de la Corte es diferente de lo acontecido en el caso bajo estudio. En este no hubo rompimiento de la etapa precontractual. Por el contrario, dicha etapa desembocó finalmente en la celebración del contrato, por lo cual aquella se integra claramente a éste, de tal manera que resulta diáfana su naturaleza contractual. Celebrado el negocio de conformidad con lo que las partes han definido en la etapa previa, todo lo que tiene que ver con comportamientos potencialmente generadores de responsabilidad civil se rige por el régimen contractual.

Pues bien, en la medida en que la cláusula compromisoria base de habilitación de la competencia de este Tribunal refiere inequívocamente que "[t]oda controversia o diferencia relativa a la **celebración, ejecución y liquidación del presente contrato**", debe resolverse en sede arbitral, confirma el Tribunal su competencia para decidir de fondo la presente controversia.

Por lo antes visto, la excepción primera no está llamada a prosperar.

4. EXCEPCIÓN DE INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Se planteó de la siguiente manera:

"Segunda: Indebida integración del contradictorio - falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual."

Para la Convocada, "[q]ue la Promesa sea declarada como un Contrato celebrado con abuso de posición dominante y en contravía de los postulados de la Buena fe, de modo que deba ser interpretado por el H. Tribunal en contra de BCC, especialmente en relación con el literal D) de la Cláusula Quinta, es un asunto que debe resolverse con la presencia de CCX, pues sólo es ésta quien puede demostrar que su actuar en la celebración no desconoció los postulados de la buena fe."

Este asunto fue también objeto de pronunciamiento del Tribunal cuando negó la vinculación como litisconsorte necesario de la sociedad CCX COLOMBIA S.A. según auto No. 5 de abril 17 de 2018. Para decidir la excepción, el Tribunal reitera lo ya decidido en los siguientes términos:

El litisconsorcio necesario es una figura que se encuentra regulada en el artículo 61 del C.G.P. de la siguiente manera:

"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite

la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

"En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término." (...)

Analizado el tenor literal de la norma citada es claro que el litisconsorcio necesario debe integrarse cuando *"el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos."*

De acuerdo con lo probado durante el proceso, en el presente caso la sociedad respecto de la cual se pidió integrar el litisconsorcio (CCX COLOMBIA S.A.) cedió su posición contractual a la sociedad YCCX Colombia SAS, la que posteriormente pasó a denominarse Best Coal Company SAS, sociedad que es la demandada en este proceso. Esta circunstancia aparece probada con suficiencia en el proceso y no ha sido controvertida por ninguna de las partes.

La cesión de contratos encuentra regulación en el artículo 887 del Código de Comercio, el cual dispone:

"En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución."

"La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido."

En cuanto a los efectos de esta figura jurídica, el artículo 895 del Código de Comercio establece:

"La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes."

De acuerdo con ello, se tiene que una vez cedido el contrato, las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes al mismo se transfieren al cesionario. Sin embargo, toda situación que se base en causas ajenas al contrato, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes, no se entiende transferida.

Así, resulta claro para el Tribunal que, en el caso concreto, todos los efectos derivados del contrato cedido se deben predicar hoy por hoy respecto del cesionario BCC, pues estos le fueron transferidos de conformidad con lo establecido en la ley. Del mismo modo, encuentra el Tribunal que los asuntos que se debaten en este proceso, no se refieren a causas ajenas al contrato ni tienen que ver con la calidad o estado de la persona de los contratantes. Por el contrario, todos ellos son inherentes a la naturaleza y las condiciones de la promesa debatida.

En dicho sentido, debe entenderse que BCC sustituyó a CCX en las relaciones derivadas del Contrato de Promesa, y por ello es correcto que la Convocante haya dirigido su demanda contra esta sociedad, y no contra CCX.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si de conformidad con la ley (art. 896 del C. Co.) el contratante cedido puede oponer al cesionario *"todas las excepciones que se deriven del contrato"*, correlativamente este tiene contra aquel todas las acciones derivadas del mismo, y esto último es lo que precisamente señala el ya citado artículo 895 del Código de Comercio.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia arbitral:

"El cesionario tiene, respecto del contratante cedido, las mismas acciones que tenía el cedente; y el contratante cedido tiene, respecto del cesionario, las mismas excepciones que tendría contra el cedente."

"Si el cesionario ocupa en el contrato la posición que tenía en el mismo el cedente; si lo que hace es sustituirlo en sus derechos y obligaciones, lógico resulta que pueda ejercer las mismas acciones que habría podido ejercer su cedente."

(...)

"Pensar lo contrario, esto es, considerar que a partir de que ingresa el cesionario al contrato, debe hacerse una especie de "borrón y cuenta nueva", en forma tal que lo sucedido antes de la cesión ni beneficie ni perjudique al cesionario implicaría confundir la cesión del contrato, con la novación, que sí comporta la extinción del vínculo obligacional anterior para dar nacimiento a uno nuevo." ⁵²

El asunto ha sido también objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia de casación civil de 19 de octubre de 2011, Expediente No. 2011 00847 01 afirmó:

"(...) El tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse su alteración, modificación o extinción y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente, ad exemplum, en punto de la condonación de los incumplimientos" (Sent. Cas. Civ., 19 de octubre de 2011, Exp.Nº 2011 00847 01).

⁵² Laudo Arbitral. Asesorías y Representaciones Pradilla Ltda. y Schmedling Asociados y Cía. Ltda. contra Corporación de Abastos de Bogotá, S.A. "Corabastos". Cámara de Comercio de Bogotá. 12 de diciembre de 2001.

Ahora bien, la Parte Convocada ha enfocado su argumento en el hecho de que algunas de las pretensiones de la demanda se refieren a la etapa de *"negociación y formación de la promesa"*; y debido a ello, solo pueden dirigirse contra CCX. Difiere en esto el Tribunal, pues en su criterio, la conducta de CCX en torno a la celebración del contrato o fase precontractual, no puede ser vista como una situación ajena al contrato mismo, o relacionada con la *"calidad o el estado de la persona de los contratantes"* (artículo 895 del C. Co.). Por el contrario, su comportamiento en dicha etapa es una circunstancia inherente al contrato, y por ello hace parte de la esfera de *"las acciones, privilegios y beneficios legales"* transferidos al cesionario. Adicionalmente, como se ha esbozado en apartados precedentes, y se ampliará más adelante, el incumplimiento del deber de información y la inobservancia de la carga de claridad por parte de la promitente compradora son actuaciones que hacen parte de la celebración y de la ejecución del contrato de promesa de compraventa.

Por demás, el Tribunal no encuentra que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirija contra CCX, y a su juicio, todas y cada una de ellas pueden ser despachadas, como efecto se hace en el presente laudo, sin la presencia de esta sociedad, quien cedió su posición contractual como promitente compradora.

Por tales razones, el Tribunal despachará desfavorablemente la excepción que se estudia.

5. VALIDEZ DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA Y ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS

Punto obligado de partida para el análisis y decisión de cualquier caso que, como el presente, se refiera a la interpretación y a la ejecución o cumplimiento de un contrato, es el relativo a su existencia y validez. Ningún sentido tendría la hermenéutica de sus contenidos ni el examen de su cumplimiento o incumplimiento, si previamente no se ha cerciorado el juez de que el correspondiente negocio efectivamente alcanzó existencia jurídica y además no porta vicio de nulidad absoluta que deba ser declarada oficiosamente.

Así pues, a efectos de resolver las pretensiones de la demanda en el presente proceso, el Tribunal analizará el perfeccionamiento y validez del contrato de promesa de compraventa celebrado el 9 de marzo de 2011 entre los acá Convocantes, en calidad de promitentes

vendedores, y la sociedad MPX Colombia S.A. (hoy CCX Colombia S.A. en liquidación), como promitente compradora, promesa que, como quedó dicho, fue objeto de cesión a la Convocada en este proceso BEST COAL COMPANY S.A.S.

El Contrato de Promesa que ocupa ahora la atención del Tribunal no ofrece duda ninguna respecto de su existencia, en la medida en que obra en el expediente el documento escrito contentivo del mismo, suscrito por las partes el 9 de marzo de 2011⁵³, lo que satisface el requisito exigido en el ordinal primero del artículo 89 de la ley 153 de 1887. En tal documento consta que las partes efectivamente manifestaron su consentimiento de celebrar la promesa de compraventa sobre los bienes que determinaron en las cláusulas primera y segunda. Y cabe agregar que las partes de este litigio arbitral en ningún momento pusieron en duda siquiera dicha existencia.

En efecto, en la cláusula primera del referido documento, las partes determinaron el bien inmueble objeto de su manifestación de voluntad de la siguiente manera:

"LOS PROMITENTES VENDEDORES tienen el derecho de dominio y la posesión de un predio denominado "La Esmeralda" ubicado en el municipio de San Juan del Cesar, el Departamento de la Guajira, identificado con las cédulas catastrales número 00-02-0005-0092-000 (jurisdicción de Fonseca) y 00-01-0000-0010-000 (jurisdicción de San Juan del Cesar) y matrícula inmobiliaria única No. 214-0005905, cuya extensión superficial es de 677 hectáreas, (en adelante el "INMUEBLE"), según consta en el título adquisitivo, el cual adquirieron de la siguiente manera: mediante Sentencia de adquisición en el remate del Juzgado Noveno de Familia de Barranquilla, de fecha 6 de octubre de 2010, y mediante Escritura Pública No. 3891 de la Notaría Séptima del círculo de Barranquilla, de fecha 28 de diciembre de 2010, ambas registradas al Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 214-0005905 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar (La Guajira), identificado por los linderos generales contenidos en la Escritura Pública No. 3891 de la Notaría Séptima del círculo de Barranquilla, de fecha 28 de diciembre de 2010, con la salvedad que en la escritura pública de compraventa que llegare a suscribirse de cumplirse con las condiciones establecidas en la cláusula Quinta del presente CONTRATO, se transcribirán los linderos georreferenciados del INMUEBLE."

⁵³ El contrato fue objeto de dos modificaciones mediante otrosíes suscritos los días 14 de junio y 21 de noviembre de 2012.

Como se puede apreciar de la anterior transcripción, las partes del contrato, aunque no transcribieron los linderos del inmueble prometido en venta, sí lograron determinarlo de tal forma que nunca ha existido duda sobre el objeto del Contrato de Promesa. Más aún, además de fijar la ubicación, los números de las cédulas catastrales y matrículas inmobiliarias con las que es identificado el bien inmueble, se dejó constancia de los datos de la Escritura Pública en la que constan los linderos de este, con lo que se satisface el requisito jurisprudencial de señalamiento de linderos en la promesa. No existe pues, duda sobre el objeto material del contrato (art. 1517 del Código Civil), ni las partes han expresado el menor reparo al respecto.

El contrato de promesa analizado, además, versó sobre una compraventa que la ley no declara ineficaz, no hay evidencia ni alegación por las partes sobre ilicitud de su objeto o de su causa y se precisó el precio y el modo de pagarlo, de manera que se determinó a cabalidad el contrato prometido.

Así las cosas, encuentra el Tribunal que el contrato analizado reúne los requisitos generales de existencia y validez y los particulares exigidos en el artículo 89 de la ley 153 de 1887 en sus ordinales 1º, 2º y 4º.

Con todo, observa el Tribunal que es menester un estudio particular del requisito de que da cuenta el ordinal 3º de la norma que se comenta, pues alrededor del mismo hay dudas que es necesario aclarar de cara a la validez del contrato bajo examen.

En efecto, de conformidad con el citado texto legal la promesa debe contener "*un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*", requisito que según reiterada y vigente jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia solo se tiene por cumplido si tanto plazos como condiciones resultan determinados en el contrato.

Según criterio más que decantado de la jurisprudencia, que comparte el Tribunal, el pacto de plazos o de condiciones indeterminados no satisface la exigencia contenida en el aludido ordinal 3º del art. 89 de la ley 153 de 1887, lo que, en principio, conduce a la nulidad absoluta del negocio.

Es este el frente de análisis que desarrollará el Tribunal, puesto que no se observa en el contrato de promesa, particularmente en su cláusula quinta, contentiva de las condiciones

necesarias para la celebración del contrato prometido, la debida determinación de tales condiciones, entendiendo por determinación, como se explicará más adelante, aquella estipulación que permite saber en qué lapso o periodo de tiempo ha de cumplirse el hecho incierto constitutivo de la correspondiente condición.

Sobre la fijación de la época en que se otorgaría la escritura pública de compraventa necesaria como formalidad legal por tratarse de un bien inmueble, las partes pactaron una serie de condiciones que deberían cumplirse antes de quedar obligadas a la suscripción de la misma.

5.1. Las condiciones contenidas en el contrato de promesa analizado

El ordinal 3° del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 establece que toda promesa debe contener *"un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato"* prometido. Y en el contrato objeto del presente proceso se pactó en la cláusula quinta lo siguiente:

"QUINTA. CONDICIÓN RESOLUTORIA. Las Partes convienen en forma expresa e irrevocable que la suscripción de la escritura pública que perfeccione la venta y del instrumento privado que legaliza la venta de las mejoras y la ocupación de las veinticinco (25) hectáreas del PREDIO, quedan condicionados a los siguientes hechos positivos: A). La medición topográfica del INMUEBLE y del PREDIO que indique las hectáreas reales correspondientes, para lo cual los PROMITENTES VENDEDORES autorizan la entrada de la PROMITENTE COMPRADORA o de su comisión de topografía para realizar la agrimensura respectiva. Con este informe se procederá a determinar el precio definitivo y se protocolizará con la Escritura Pública que perfecciona este CONTRATO; B) Que LOS PROMITENTES VENDEDORES sean autorizados por las normas de SARLAFT, para lo cual LOS PROMITENTES VENDEDORES autorizan expresamente a la PROMITENTE COMPRADORA a someter su información a dichas normas; C) La expedición mediante acto administrativo en firme que otorgue la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado Cañaverales y desarrollado por LA PROMITENTE COMPRADORA; D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA.

"PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes acuerdan expresamente que si una cualquiera de las condiciones descritas en esta cláusula no se da de manera positiva, este contrato perderá vigencia de pleno derecho, sin necesidad de requerimientos privados o de intervención judicial. La aplicación de esta cláusula no puede entenderse como incumplimiento de ninguna de las partes.

"PARÁGRAFO SEGUNDO: LA PROMITENTE COMPRADORA se compromete a iniciar las actividades condicionadas antes descritas, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente CONTRATO."

Como premisa para el análisis que debe adelantar el Tribunal respecto de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato, conviene despejar un aspecto que se ha discutido en el presente trámite. Se trata de la naturaleza de dichas condiciones. Aunque la cláusula referida se titula "CONDICIÓN RESOLUTORIA", observa el Tribunal que las condiciones allí convenidas se pactaron con el propósito de subordinar el otorgamiento de la escritura pública de venta al acaecimiento de cuatro hechos. Dicho con otras palabras, de tales condiciones, en asocio con lo dispuesto a partir del ordinal 2º de la cláusula sexta, dependía la celebración del contrato prometido (ord. 3º art. 89 de la ley 153 de 1887). Técnicamente hablando son condiciones suspensivas de la obligación de celebrar el contrato de compraventa prometida. No son, pues, condiciones resolutorias como imprecisamente las denomina la cláusula quinta. Otra cosa es que, de conformidad con el contrato (ordinal 1º de la cláusula sexta), este se resolvería (condición resolutoria) en caso de fallar una cualquiera de las antedichas condiciones. Como se verá, en este caso no ha acaecido tal condición resolutoria.

Es decir, las partes acordaron, en el contrato de promesa que suscribieron, cuatro condiciones acumulativas que deberían cumplirse para determinar la época en la que habría de celebrarse el contrato prometido.

Ahora bien, el precitado artículo 89 de la Ley 153 de 1887, aunque permite que la época de celebración del contrato prometido quede sujeta a una condición, nada dice respecto de las características de la misma, tarea que sí ha acometido la jurisprudencia en nuestro país.

En una primera etapa, la Corte admitió la posibilidad de pactar condiciones indeterminadas para fijar la época de la celebración del contrato prometido, tal y como

se afirmó en la sentencia del 2 de mayo de 1957, M.P. Enrique Giraldo Zuluaga. Esa tesis, sin embargo, fue recogida y, desde la Sentencia del 1 de junio de 1965, M.P. Enrique López de la Pava, se ha venido exigiendo la determinación de las condiciones como modalidad para fijar la época de celebración del contrato prometido. En tal sentencia se afirma con claridad lo siguiente:

"En casación de dos de mayo de 1957 (LXXXV, 2181, 59 y 60), se expresó que en contrato de promesa la indicación precisa del momento en que ha de celebrarse el convenio prometido puede hacerse mediante una condición determinada o indeterminada. En cuanto concierne a la condición indeterminada, esta doctrina no se concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura jurídica, la fijación de la época en que debe concertarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llega a realizarse. Por este motivo la Corte recoge esa doctrina para sustituirla por la que viene bosquejada en esta providencia.

"(...)

"La estipulación de que las escrituras de compraventa se otorgarían tan pronto como estuvieran listos los certificados de paz y salvo de las fincas ofrecía seguridad o certeza de que esos comprobantes serían conseguidos y presentados? La cláusula denota que las partes entendieron obligarse en verdad a obtener y aducir tales certificados, pero la circunstancia de haber contraído los promitentes esta obligación no era suficiente para imprimirle certeza al hecho de la consecución de dichos documentos. Eran los propios contratantes quienes debían proveerse de sus respectivos certificados, pero es incuestionable que, aunque contractualmente obligados a ello, podían llegar a incumplir esta estipulación, dejando de conseguir y allegar esos comprobantes. Esta contingencia de que los promitentes cumplieran o no lo pactado, esta eventualidad de que ellos obtuvieran o no sus certificados de paz y salvo, constituye un factor de incertidumbre que no permite reconocerle a la cláusula mencionada el contenido de un plazo tácito, sino de una simple condición, y por añadidura de carácter indeterminado, porque, de llegar a realizarse, no era posible saberse al tiempo de la promesa en qué momento o cuándo se produciría ese cumplimiento."

Para nuestro ordenamiento jurídico, según la jurisprudencia, de pactarse una condición como modalidad para determinar la época en la que se celebrará el contrato prometido, ésta debe ser determinada; es decir, *"aquella que sin perder sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que, si llega a realizarse, por anticipado se sabe cuándo o en qué época ha de suceder."*⁵⁴ En consecuencia, se descarta la posibilidad de pactar condiciones que se encuentren estrictamente sometidas, en materia de época, a la incertidumbre para ese efecto.

La exigencia de que la condición que fije la época de celebración del contrato prometido sea determinada, ha sido luego reiterada. Así por ejemplo en sentencia de 21 de septiembre de 1987 la Corte afirmó:

"Ahora bien, ¿a qué clase de condiciones se remite el numeral 3º? Para la corte no hay duda, siguiendo su tradicional doctrina, que es la determinada, porque, precisamente, es la que permite, en armonía con lo dicho atrás, que la promesa pueda tener eficacia; en cuanto al ámbito temporal se puede dejar sujeta a un acontecimiento futuro, que puede suceder o no, pero cuyo momento requiere acoplarse a la fijación de la época. Vale decir, la condición debe estar atada al señalamiento de la época."

*"Ha dicho la corte: 'Concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura, la fijación de la época en que debe concentrarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llegare a realizarse.'"*⁵⁵

De tal forma que, *"si no establecen una época para tal efecto y, por el contrario, dejan indeterminado tal momento futuro, es decir, no delimitan el período o lapso preciso en que debe perfeccionarse el contrato prometido, desatienden el requisito del numeral 3.º del artículo 1611, al que se ha hecho mención."*⁵⁶

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de junio de 1965, M.P. Enrique López de la Pava.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de septiembre de 1987. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de junio de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Esta tesis jurisprudencial ha sido sostenida por la Corte, entre otras, en sentencias de mayo 19 de 1969, agosto 8 de 1974, julio 5 de 1983, marzo 1 de 1985, marzo 19 y septiembre 18 de 1986, septiembre 29 de 1988, enero 30 de 1989 y mayo 29 de 1992.⁵⁷

Bajo estos criterios deben ser analizadas las condiciones pactadas por las partes del contrato de promesa de compraventa estudiado en el presente proceso. Es decir, la acumulación de los siguientes actos positivos: (A) que los promitentes compradores midieran topográficamente el inmueble objeto de la promesa; (B) que los promitentes vendedores fueran verificados por parte de los promitentes compradores bajo las normas SARLAFT; (C) que la autoridad administrativa competente emitiera la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado "Cañaverales"; y (D) que la promitente compradora adquiriera la totalidad de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución de dicho proyecto.

Estudiado el Contrato de Promesa advierte el Tribunal que no aparece en el mismo estipulación alguna que señale el período o lapso dentro del cual debieran cumplirse las aludidas condiciones lo que, en desarrollo de la jurisprudencia, llevaría a la invalidez de la promesa, en grado de nulidad absoluta, nulidad esta que, a pesar de no haber sido alegada por las partes tendría que ser declarada de manera oficiosa, a no ser porque, como se explicará, la ejecución misma del contrato pone en evidencia el efectivo cumplimiento de las condiciones y la conducta de las partes pone de presente inequívoca convalidación o ratificación que trae consigo el saneamiento de la nulidad.

En primer término, es necesario poner de presente como elemento indispensable para considerar en el presente análisis el efectivo y no cuestionado cumplimiento de las tres primeras condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa (A, B y C).

En efecto, (i) consta en el expediente la medición topográfica del inmueble, que vendría a determinar en definitiva el precio de la compraventa prometida (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 91 a 92), el 7 de mayo de 2012, asunto explícitamente manifestado en la consideración No. 3 del otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012. Así, en la fecha indicada se cumplió la condición incluida en el ordinal A) de la cláusula quinta del contrato de promesa. (ii) Está probado asimismo que se surtió el trámite de verificación de los promitentes vendedores bajo las normas SARLAFT. Este punto no ha tenido discusión

⁵⁷ Referencias jurisprudenciales tomadas de Bonivento Jiménez, Javier. El Contrato de Promesa. La Promesa de Compraventa de Bienes Inmuebles. Segunda edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1999. Pág. 164.

ninguna y fue admitido por la promitente compradora en comunicación de febrero 1º de 2013, remitida por el señor Carlos Mantilla a los Convocantes, hecho por demás admitido como cierto en la contestación al hecho 66 de la demanda reformada. Con ello se tiene por cumplida la condición incluida en el ordinal B) de la cláusula quinta. (iii) La licencia ambiental del proyecto fue otorgada por la autoridad competente mediante las Resoluciones Nos. 1074 del 08 de junio de 2011⁵⁸ y 1883 del 21 de septiembre de 2011⁵⁹, con lo que se cumplió la condición prevista en el ordinal C) de la mencionada estipulación.

Insiste el Tribunal que el cumplimiento de estas tres condiciones no ha sido disputado en el presente trámite arbitral y, como quedó dicho, fue expresamente reconocido en la aludida comunicación de 1º de febrero de 2013, y admitido como cierto en la contestación a la demanda.

Cumplidas, como efectivamente lo están las tres condiciones aludidas, encuentra el Tribunal que la indeterminación con la que fueron estipuladas deja de tener relevancia. No puede ser lo mismo juzgar una condición indeterminada que aún está pendiente, que hacerlo respecto de una que, a pesar de haberse estipulado de esa manera, tuvo debido y efectivo cumplimiento según el querer de los contratantes. Así pues, frente a las tres condiciones aludidas no tendría sentido un estudio con el propósito de dilucidar su naturaleza determinada o indeterminada.

En efecto, en el caso de la medición topográfica del inmueble, la verificación bajo normas SARLAFT de los promitentes vendedores y la emisión de la licencia ambiental para el proyecto carbonífero, no resulta útil analizar si eran condiciones indeterminadas. Lo anterior, debido a que hoy, luego de que efectivamente ocurrieron estos tres hechos positivos, y que las partes involucradas reconocieron su acaecimiento, no hay lugar a preguntarse, respecto de ellas, si eran o no idóneas para fijar la época de celebración del contrato prometido. La respuesta a la anterior pregunta será necesariamente afirmativa, toda vez que al haberse verificado los hechos positivos A, B y C del contrato de promesa, se podría dar paso a la aplicación de los criterios pactados en la cláusula Sexta del mismo contrato.

Aunque las condiciones A, B y C se hayan pactado de manera indeterminada, en la medida en que al momento de su acuerdo no se acordó lapso o periodo temporal dentro del cual

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2 - Folios 46 a 188.

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3- Folios 1 a 65.

pudieran acaecer, lo cierto es que el comportamiento de las partes durante la vida del mismo contrato ha logrado superar toda incertidumbre a tal punto que hoy se puede afirmar sin lugar a dudas que están cumplidas. Y es que ante tal escenario, mal haría el Tribunal en desestimar el efectivo cumplimiento de las tres condiciones para, de manera ficticia y contraria al querer de las partes, retrotraer el tiempo para juzgar como indeterminadas las condiciones en mención y, en consecuencia, decretar oficiosamente la nulidad absoluta de todo el negocio jurídico, cerrando los ojos frente a la conducta desplegada por las partes creadoras del contrato que las vincula. Una decisión en ese sentido iría claramente en contravía del principio de conservación de los negocios jurídicos, el cual *"consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia"*⁶⁰, o en palabras de Cariota, poder *"mantener en vigor lo más posible [la actividad negocial] con el objeto de la realización del fin práctico perseguido"*⁶¹.

En el caso que nos ocupa resulta claro que, más allá de la indeterminación inicial de las referidas condiciones, hoy en día las partes han verificado su efectiva ocurrencia de tal modo que puede afirmarse que está superada dicha falencia.

Sin perjuicio de lo anterior, encuentra adicionalmente el Tribunal que el comportamiento mismo de las partes bien puede ser tenido como ratificación o saneamiento tácito de la eventual nulidad que pudiese haber tenido la promesa. En efecto, el despliegue de las actividades necesarias para adelantar la agrimensura del inmueble, así como para la obtención de la correspondiente licencia ambiental y la verificación SARLAFT de los promitentes vendedores, permiten al Tribunal concluir sin asomo de duda, que las partes convalidaron la omisión incurrida en el contrato, en la medida en que esos comportamientos son inequívocos de ejecución voluntaria de los efectos pactados contractualmente, con lo que, a no dudarlo, se logró más que la determinación, el cumplimiento mismo de las condiciones. Así, frente al caso que se estudia, no solamente y por sustracción de materia no hace falta el escrutinio de las tres condiciones aludidas como determinadas o indeterminadas -porque ya se cumplieron- sino que aun bajo el entendimiento de que *ab initio* existió la omisión referida, tal omisión resultó saneada, por el comportamiento de las partes, produciéndose de esa manera una ratificación tácita, según lo dispone el artículo 1754 del Código Civil. A este respecto no sobra recordar que

⁶⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis. 2016. Página 477.

⁶¹ Cariota Ferrara, Luigi. El Negocio Jurídico. Traducción y prólogo de Manuel Albaladejo. Aguilar. Madrid, 1956, pág. 326.

las únicas nulidades no saneables por ratificación son las provenientes de objeto o causa ilícitos, (artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el 2º de la ley 50 de 1936), asunto que no ocurre en este caso.

Por lo anterior, y desde la perspectiva de las tres primeras condiciones pactadas en la cláusula quinta de la promesa, el Tribunal constata la validez del contrato sometido a su consideración.

5.2. Interpretación de la condición contenida en el literal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa analizado

Análisis especial merece la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, cuyos contenido, interpretación, alcance y acaecimiento se han sido discutido a profundidad en el presente proceso, aunque, a decir verdad, no desde la perspectiva de su determinación o indeterminación.

Esta condición será analizada de manera independiente a las demás que integran la referida cláusula quinta, puesto que de su contenido e interpretación dependerán en buena medida las conclusiones a las que deba arribar el Tribunal a efectos de decidir la presente controversia.

En el ordinal D) de la cláusula quinta las partes pactaron lo siguiente como condición necesaria para la celebración del contrato de compraventa prometido:

"D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA."

Ni en el contrato de promesa, ni en sus otrosíes las partes acordaron o definieron cuáles eran los otros *"predios necesarios para la ejecución del proyecto minero"*, y tampoco la época en que estos debían ser adquiridos. Lo primero llevó a posiciones diametralmente opuestas. En efecto, los promitentes vendedores pretenden que se declare, con apoyo en que la estipulación es ambigua, que tal condición se encuentra cumplida ya que fueron adquiridos los inmuebles que a juicio de ellos eran los necesarios para realizar el proyecto minero. La Convocada, en su condición de cesionaria de los promitentes compradores, alega que tal condición positiva, pactada en una estipulación que juzga clara, no se ha

cumplido hasta la fecha pues los predios cuyos derechos reales es necesario adquirir no están limitados a los ya comprados.

Ahora bien, el asunto de la claridad o ambigüedad de la cláusula tiene directa relación, y así lo ha planteado la Convocante, con si los contenidos contractuales, en especial dicha condición, fueron o no extendidos o dictados por la promitente compradora. En este aspecto radica la génesis de las pretensiones de la demanda reformada, razón por la cual es indispensable despachar, antes que nada, este frente de la controversia.

Así las cosas el Tribunal procederá a determinar (i) si los contenidos contractuales o por lo menos la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, fueron extendidos o dictados por la promitente compradora (pretensión primera principal y su subsidiaria), (ii) si la aludida condición es ambigua por falta de una explicación que debió dar la promitente compradora (pretensión segunda principal), por tanto, (iii) si corresponde o no la interpretación en contra de la promitente compradora y en favor de los promitentes vendedores (pretensión tercera principal), (iv) en caso afirmativo si la aludida condición se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los cuales se realizará el proyecto minero (*mining pit*) (pretensión cuarta principal) y (v) si, en consecuencia, está o no cumplida la referida condición desde la fecha en que se adquirieron los derechos reales sobre los demás inmuebles sobre los cuales se realizará el pozo minero (con excepción de La Esmeralda y el Predio) (pretensión quinta principal).

Dependiendo de la prosperidad o fracaso de los pedimentos acabados de recordar, corresponderá o no el análisis de los grupos de pretensiones subsidiarias y, claro está, el estudio y despacho de las pretensiones llamadas "declarativas comunes a todos los grupos de pretensiones anteriores" y de las de condena.

5.2.1 ¿Los contenidos del contrato de promesa y en especial la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta fueron extendidos o dictados por la Promitente Compradora?

Al evaluar las pruebas que constan en el expediente del proceso, encuentra el Tribunal probado que los contenidos del contrato de promesa fueron extendidos o dictados por la promitente compradora. En este sentido son relevantes los testimonios rendidos por el señor Manuel Barragán ex gerente jurídico de MPX y la señora Lina María Patiño ex gerente jurídica de CCX.

El señor Barragán, al revisar el contrato objeto del presente proceso afirmó, en líneas generales, que reconoce su propio estilo de redacción en el texto y que, muy probablemente, algo así como el 98% del clausulado fue preparado por él; igualmente, manifestó que no recuerda que se haya presentado controversia alguna sobre la redacción de dicha cláusula. Y finalmente, al ser preguntado específicamente por el ordinal D) de la cláusula quinta, terminó reconociendo que ésta fue redactada por él con el concurso del que denominó equipo negociador de la promitente compradora [Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 10:50 a 11:38; 15:30 a 16:02; y 44:57 a 45:47.].

Está probado que no sólo el contrato original, sino que también sus otrosíes fueron redactados por los abogados de la entonces promitente compradora. La doctora Lina Patiño, gerente jurídica de CCX, así lo ratificó en su testimonio del 14 de febrero de 2019 [Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 48, minutos: 35:49 a 36:13.]

A partir de estos testimonios es viable concluir que, la promitente compradora, a través de su equipo jurídico, concibió, diseñó y redactó, es decir extendió⁶² el contenido del contrato de promesa que luego fue presentado a los promitentes vendedores.

Sobre el punto corresponde precisar que aunque la concepción de “extender” o “dictar” cláusulas usualmente se refiere a los contratos que integralmente se celebran por adhesión a contenidos predispuestos, no puede descartarse que ese fenómeno se presente en contratos en los que las partes discutan con mayor o menor extensión algunos contenidos negociales.

“... aunque en la práctica la posición dominante contractual que ostenta una de las partes suele traducirse en la predisposición de todos los contenidos negociales, ello no tiene necesariamente que ser así. Dicho con otras palabras, un contrato puede contener algunas cláusulas extendidas o dictadas por una de las partes y otras fruto de la negociación y libre discusión entre ellas. Aunque tal circunstancia no sea quizá la regla general, desde la perspectiva estrictamente jurídica pueden identificarse eventos de contratos que portan solo parcialmente contenidos predispuestos. No es

⁶² Extender, como verbo transitivo, significa según el Diccionario de la Real Academia Española, “poner por escrito y en la forma acostumbrada una escritura, un auto, un despacho etc.” y como verbo pronominal, “hacer por escrito o de palabra la narración o explicación de algo, dilatada y copiosamente”.

necesario, para que se produzcan las aludidas consecuencias desfavorables al predisponente, que el contrato en su integridad haya sido extendido o dictado por aquel. Pero en tales eventos, como es apenas lógico, la interpretación contraria al predisponente y la configuración de posible abuso, se circunscribirán a los contenidos efectivamente extendidos o dictados por una de las partes y no podrán alcanzar a los restantes.

"La afirmación anterior encuentra soporte de derecho positivo en el precitado artículo 1624 del Código Civil, norma cuyo supuesto fáctico son "las cláusulas [y no los contratos] que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes". Es claro el legislador, al referirse a "cláusulas" "extendidas o dictadas", que pueden ser estas estipulaciones individualmente consideradas y no necesariamente todas ellas. El efecto interpretativo que en dicha norma se establece, parte del supuesto de la existencia de cláusulas (individualmente consideradas) extendidas o dictadas por una de las partes, aspecto no necesariamente coincidente con que el negocio, en su integridad, haya sido predispuesto por uno de los contratantes.

"Sobre esta base legal es posible afirmar entonces, que un contrato puede celebrarse por adhesión parcial a contenidos predispuestos.

"Y es que, de no ser así, bastaría con que el predisponente admitiera la discusión de ciertas cláusulas de importancia menor en el contrato, para alegar que en su celebración hubo discusión o negociación y con ese pretexto excusarse tanto de la carga de explicar los contenidos por él predispuestos y de soportar las interpretaciones que en su contra se pudieran generar, como de afrontar la ineficacia de las cláusulas abusivas."⁶³

Examinada la cláusula que se debate y con base en los aludidos testimonios, no tiene duda el Tribunal que la cláusula quinta del contrato de promesa y en particular su ordinal D) fue extendida o dictada por la promitente compradora. Su contenido no deja duda de ser una estipulación pensada en su interés, lo cual, aunque por supuesto no es de suyo reprochable, exigía, como se verá, una especial explicación a efectos de evitar ambigüedades.

⁶³ Laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá, AUTONAL vs SOFASA. Abril 25 de 2007.

La predisposición o extensión de cláusulas no descarta la participación de otros actores diferentes al proponente del contenido; tal y como lo afirmó el mismo ex gerente jurídico de la promitente compradora, al afirmar que la minuta del contrato seguramente fue revisada por los promitentes compradores. En este sentido el Tribunal insiste en que los contratos cuyas cláusulas sean extendidas o dictadas por una de las partes no pueden ser equiparados necesariamente a los contratos por adhesión o de condiciones generales predispuestas. Además, un contrato cuyo contenido es extendido o dictado por una de las partes, tal y como lo afirma la convocante en sus alegatos de conclusión, perfectamente puede ser un contrato negociado caso a caso, como ocurrió en la promesa de compraventa objeto del presente proceso y no necesariamente ser de aquellos que se celebran bajo condiciones generales.

La aceptación de una de las partes a contenidos extendidos o dictados por la otra no hace desaparecer la circunstancia del diseño unilateral de la cláusula. Es decir, el solo hecho de aceptar una cláusula preparada por la otra parte, no descarta los efectos propios de que esa cláusula haya sido extendida o dictada por su autor, en especial si consulta el interés de quien la ha confeccionado. Por tanto, no obstante esa aceptación, permanecen incólumes las consecuencias legales si hay ambigüedad en dichos contenidos. El asunto de la ambigüedad en este caso será abordado en el punto siguiente.

Además, en el caso particular, el hecho de que los promitentes vendedores tuviesen la capacidad de negociar el precio por hectárea que se fijaría en el contrato, no desvirtúa lo que está probado sobre la extensión y dictado del contenido contractual por parte de la promitente compradora.

En suma, la Convocada no logró controvertir la afirmación de la Convocante en el sentido de que la precitada condición D de la cláusula quinta, fue extendida y dictada por la primera, y así lo declarará el Tribunal.

Ahora bien, existe prueba en el expediente de que algunas estipulaciones de la promesa fueron ajustadas por iniciativa de los promitentes vendedores. Es el caso de la cláusula de precio cuyo valor final fue negociado y determinado conjuntamente por las partes, y la relativa a la entrega material del inmueble objeto del contrato, que se modificó por solicitud de aquellos tal y como se reconoce en el hecho 37 de la demanda. Por tanto, el Tribunal no accederá a la primera pretensión declarativa principal pero sí a su subsidiaria

que busca que se declare que la cláusula quinta del contrato de promesa fue extendida y dictada por la promitente compradora.

5.2.2 ¿Es ambigua la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa? ¿En caso afirmativo, cuál es el origen de la ambigüedad?

5.2.2.1 Ambigüedad de la condición D) de la cláusula quinta.

Para comenzar, no sobra recordar el contenido de esta condición:

"D) La adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA."

En el presente proceso el debate ha girado fundamentalmente en relación con la expresión *"predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales y proyectado por la PROMITENTE COMPRADORA"*, y concretamente a qué predios se refiere la condición.

Para los Convocantes, los predios a los que se refiere la condición D) de la cláusula quinta no son otros que aquellos sobre los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*), es decir los inmuebles conocidos como Villa Tere y Villa Tere II, interpretación que el Tribunal encuentra razonable, dadas las especificidades del caso, en especial por las circunstancias que más adelante se señalarán respecto de las calidades de los promitentes vendedores como no conocedores del negocio de la minería, y que además coincide con la que tenía y tiene quien fuera el asesor jurídico de la promitente compradora, doctor Manuel Barragán, quien al ser interrogado sobre este particular dijo que: *"Cuando yo hablo el tema, digamos que la interpretación que yo tengo como abogado, doctor Arrubla, de ese literal o de esa condición (...), me refiero, creo haberme referido siempre, es la percepción que yo siempre tuve como gerente jurídico de la empresa, que cuando hablábamos de los derechos reales para el proyecto minero Cañaverales era una y exclusivamente para el proyecto minero de extracción a cielo abierto, no tenía nada que ver con los terrenos que se debían adquirir vía compraventa o vía servidumbre para el corredor férreo, pues lógicamente el área de las fincas Tauramena ya habían sido adquiridas, ya teníamos de alguna forma totalmente cubierto esa parte importante del proyecto minero integrado"*.

*"Pero la interpretación que yo le doy a la cláusula es que una cosa era el proyecto minero integrado y otra cosa era el proyecto minero a cielo abierto... pero respondiendo su pregunta doctor Arrubla, mi percepción es que esa adquisición se delimitaba una y exclusivamente al área de la Esmeralda y al área de las fincas vecinas, que garantizaban que el proyecto a cielo abierto en Cañaverales pudiera ser viable."*⁶⁴

Encuentra el Tribunal, entonces, que la postura interpretativa de los Convocantes tiene asidero, es admisible, no contraría la lógica y, como se dijo, coincide con la que atribuyó el propio asesor jurídico de la promitente compradora.

Por su parte la Convocada entiende que la cláusula se refiere no solamente a los predios indicados por los Convocantes, sino a varios más.

En sus alegatos de conclusión, la Convocada expuso que:

"En ese mismo sentido, la Resolución No. 1074 de 8 de junio de 2011, por la cual se concedió la licencia ambiental global al proyecto, incluye la descripción del mismo.

"DESCRIPCION DEL PROYECTO: OBJETIVO El proyecto Cañaverales tiene como objetivo el aprovechamiento del recurso carbonífero de la zona amparada con los títulos mineros GDI-081, GDI-082, GDM-121, GDM-12531X y GDM-12532X, en un área total de 4.865 ha, de las cuales 1.818,29 ha forman parte del presente trámite de licenciamiento ambiental mientras que las restantes 3.046,70 ha continuarán en exploración para una fase de minería subterránea. Este carbón está dirigido a cubrir la demanda de carbón de las plantas térmicas del Grupo EBX que generarán energía para Brasil en los próximos quince años.

"LOCALIZACION El proyecto Cañaverales se localiza en la zona nororiental de Colombia, al sur del departamento de La Guajira, en jurisdicción de los municipios de Distracción, Fonseca y San Juan del Cesar. Específicamente el área de excavación o tajo, el botadero y el resto de la infraestructura minera se localizan en jurisdicción de los corregimientos Conejo del municipio de Fonseca y Cañaverales del municipio de San Juan del Cesar. [...]

"Plan Minero de Explotación

⁶⁴[Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 36:06 a 38:54.

"Sistema de Explotación. El método de extracción será a cielo abierto con un sistema de explotación pala - camión. El estéril será llevado tanto a los botaderos de superficie como a retrollenado. La profundidad máxima de explotación será de 140 mbnm y el avance de la explotación será Suroccidente-Nororiente y el arranque Suroriente-Noroccidente.[...]"

Descripción y Localización de Instalaciones Mineras – Aspectos de Montaje

"Instalaciones y adecuaciones

"Campamentos

"Talleres

"Lavadero de equipo pesado

"Estación de servicio Patio para ensamble de equipos

"Cambiaderos

"Base militar

"Polvorín

"Localización y sistemas de manejo de residuos sólidos y líquidos Almacenamiento de combustible

"Sistemas de cargue, descargue y transporte de combustible

"En el plano P-2098-MPX-DP-030 de la información complementaria se presenta la ubicación de toda la infraestructura con que contará el proyecto esto es: áreas de tajo, de botadero, de retrollenado, mantenimiento, área administrativa, de beneficio del carbón, áreas auxiliares de minería (vías), etc." (Resaltado nuestro)

"Es evidente, atiende al sentido común y a la sana crítica, que el concepto de los predios necesarios para un proyecto minero no puede limitarse exclusivamente a los necesarios para el pozo minero, como pretenden los Convocantes que el Tribunal interprete el literal D) de la cláusula QUINTA del Contrato de Promesa.

"Como fue declarado por el testigo Osca (sic) Saavedra, y como da cuenta la licencia ambiental del proyecto. Un proyecto minero necesita muchas áreas adicionales a las del tajo tales como el botadero y el área de infraestructura, (campamentos, talleres, lavadero de equipo pesado, estación de servicio patio para ensamble de equipos, cambiaderos, base militar, polvorín, sistemas de manejo de residuos sólidos y líquidos, almacenamiento de combustible sistemas de cargue, descargue y transporte de combustible).

"Con lo descrito por el testigo Oscar Saavedra se entiende claramente que un proyecto minero no puede ejecutarse sin contar con áreas adicionales al pozo minero, como son el área de botaderos y el área de infraestructura."
(subrayado fuera del texto original)

Las dos posturas muestran criterios interpretativos ciertamente diversos lo que, de suyo, pone en evidencia la ambigüedad.

¿A qué predios se refería la tantas veces citada condición D) de la cláusula quinta? La estipulación no lo precisó y es evidente que las partes entendieron cosas distintas. Aun hoy, la convocada no ha individualizado o especificado los predios cuyos derechos reales considera necesario adquirir para el desarrollo del proyecto.

Bajo la interpretación de los Convocantes, la condición analizada está cumplida, con todos los efectos que de ello se desprenden, puesto que los predios sobre los cuales se desarrollará el pozo minero están ya adquiridos. Para la Convocada la condición está pendiente en la medida en que para ella se requieren, además de los inmuebles ya adquiridos, otros -que sin embargo no especifica- porque, afirma "se entiende claramente que un proyecto minero no puede ejecutarse sin contar con áreas adicionales al pozo minero, como son el área de botaderos y el área de infraestructura."

¿Área de botaderos? ¿Área de infraestructura? ¿Qué son? ¿Dónde se ubican? ¿Es necesario adquirir derechos reales para su utilización? ¿En caso afirmativo cuáles? ¿Sobre cuáles predios?

Estas y varias otras preguntas análogas cabría hacerse de cara a la condición estudiada. Las respuestas no fluyen de la cláusula misma, por lo que serán unas u otras dependiendo del enfoque, criterio e intereses de cada uno de los extremos del contrato.

En concepto del Tribunal en el proceso ha quedado demostrado que los promitentes vendedores nunca recibieron de la promitente compradora información específica sobre los inmuebles, calificados como necesarios, y que integran el proyecto minero Cañaverales.

Que el contenido de la cláusula quinta se haya modificado en su etapa de negociación, para cambiar la frase "*los predios del proyecto*" por "*los predios del proyecto minero denominado Cañaverales*", contrario a la afirmación que hace la Convocada en sus alegatos de conclusión, no supone un conocimiento específico de los promitentes vendedores sobre los inmuebles que la promitente compradora debía adquirir con el propósito de cumplir la condición a la que está sujeta la suscripción del contrato de compraventa.

La ambigüedad del literal D de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa se manifiesta en dos elementos, en la medida en que se somete la suscripción del contrato compraventa a la adquisición **(i)** "*total de los derechos reales*" sobre los **(ii)** "*predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales*", sin que se encuentre referencia alguna a qué derechos reales deben ser adquiridos por la promitente compradora (servidumbres, dominio, usufructo, etc.), o en qué consiste *la necesidad* de los inmuebles para el proyecto (mina a cielo abierto, pozo minero, talleres, campamento, ferrocarril, etc.) y, sobre todo, sin especificar los inmuebles o predios.

La condición D) de la cláusula quinta por tanto admitiría no pocas interpretaciones respecto de los derechos reales que deberían adquirirse y de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero.

Para el Tribunal no existe duda de que se está en presencia de una estipulación a todas luces ambigua y susceptible de entenderse de varias formas. Insiste el Tribunal en que basta el cotejo de posturas para concluir el carácter anfibológico y dudoso de la misma, que da origen a una indefinición que no consulta el natural desenvolvimiento de las relaciones contractuales, las cuales crean obligaciones con el objeto de que se cumplan y de que las partes puedan adecuar su conducta y sus expectativas razonables en función de dicho cumplimiento.

No comparte el Tribunal el argumento esgrimido por la Convocada tanto en la contestación a la demanda como en sus alegaciones finales, según el cual el hecho de haber solicitado los promitentes vendedores a la promitente compradora, mediante comunicación de 14 de enero de 2013, la modificación de la condición D) de la cláusula quinta para convenir una fecha específica para el otorgamiento de la escritura pública, es prueba de la claridad de la estipulación en la medida en que en dicha comunicación se

esgrimieron argumentos de tipo tributario y no de *"ambigüedad o mal entendimiento de la cláusula"*.

Para el Tribunal la referida comunicación, por el contrario, pone de presente el afán de los promitentes vendedores de poner de alguna manera fin a la indefinición del momento en que se debía otorgar la escritura pública de la venta, tema que ha sido siempre punto de discordia. El hecho de aducir inconvenientes de tipo tributario, por razón de esa indefinición, no significa ni por asomo que hayan tenido claridad sobre cuáles eran los predios necesarios para adelantar el proyecto, diferentes a los conocidos como Villa Tere I y Villa Tere II. Es decir, esa solicitud de modificación, lejos de mostrar claridad en la cláusula debatida, abona la idea de que las partes estaban entendiendo cosas muy distintas, es decir que la cláusula había resultado ambigua.

En fin, el Tribunal considera que se está efectivamente en presencia de una cláusula ambigua, lo que no resultó controvertido con éxito por la Convocada. En efecto, no puede concluirse, como lo ha pretendido este extremo procesal, que la estipulación es clara por la multiplicidad de referencias en el contrato a la necesidad de que se cumplieran todas y cada una de las condiciones pactadas en la cláusula quinta para que se otorgara la escritura pública de venta, o por el conocimiento que tenían los promitentes vendedores de que para el desarrollo del proyecto hacían falta inmuebles adicionales a La Esmeralda, o porque fueran conscientes de las dificultades que podría tener la extracción del carbón.

5.2.2.2 Causa u origen de la ambigüedad

Los Convocantes han planteado su segunda pretensión declarativa principal así:

"Que se declare que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la Promitente Compradora."

La ambigüedad que pretenden demostrar los convocantes es planteada por su apoderado como el *"efecto directo de la ausencia de información que ha debido proporcionar la Promitente Compradora, lo cual nunca hizo, ni antes ni durante la ejecución contractual."*

En la contestación de la demanda, la Convocada, negando la ambigüedad de la precitada condición D, afirmó que *"es claro que [las promitentes vendedoras] sí conocían el alcance*

del proyecto y la pluralidad de derechos reales que debía adquirir la promitente compradora para el desarrollo del proyecto"; adicionalmente sostuvo en sus alegatos de conclusión que "resultó probado que la información relativa a los predios necesarios para el desarrollo del proyecto minero Cañaverales siempre ha sido pública, pues la misma depende de las licencias ambientales, que son documentos públicos y que fueron conocidos por los Convocantes al punto de que fueron ellos quienes los aportaron al proceso.

Dijo también en esa oportunidad: *"Adicionalmente, resultó probado que si es cierto que los Convocantes no estuvieron informados es porque no cumplieron con su carga de auto informarse sobre los supuestos de hecho de las condiciones que aceptaron al momento de suscribir el Contrato".*

Con base en la demanda cabe afirmar que, al paso que los Convocantes se duelen de falta de información y de claridad (falta de explicación), lo que a su juicio provocó la ambigüedad, la Convocada sostiene, por un lado, que la información relativa a los predios que debían adquirirse podía ser obtenida con la licencia ambiental, y por otra, que si ello no ocurrió fue por inobservar la carga de "auto informarse". Sobre estas bases combate, no solamente el carácter de ambigua de la cláusula sino el enjuiciamiento de su conducta como generadora de la ambigüedad.

Para decidir el punto el Tribunal dejará consignadas unas breves consideraciones sobre los deberes secundarios de conducta, y dentro de ellos el de información, por un lado y por otro las denominadas cargas de la autonomía, particularmente de claridad, que son las categorías envueltas en este frente de la controversia.

Los deberes secundarios, complementarios o conexos, *stricto sensu*, a pesar de no constituir obligaciones propiamente dichas comoquiera que no tienen estructura formal de tales, constituyen a no dudarlo reglas de conducta que deben ser atendidas, por lo que su incumplimiento trae consigo un efecto resarcitorio, es decir de responsabilidad civil.

Tales deberes surgen al lado de las obligaciones centrales y primarias, por virtud del principio de celebración y ejecución de buena fe de los contratos.

Dentro de la literatura que existe sobre deberes secundarios, resultan para el Tribunal diáfanas las palabras de Solarte Rodríguez:

"Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan "deberes secundarios de conducta", "deberes colaterales", "deberes complementarios" o "deberes contiguos", tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe." ⁶⁵

La jurisprudencia ha venido reconociendo esta categoría:

*"De aquel planteamiento simple y preciso de los juristas clásicos que señalaba que los contratos son fuente de obligaciones que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, se ha evolucionado a una concepción más amplia, de general aceptación en el derecho contemporáneo, según la cual de los actos o negocios jurídicos dispositivos se originan para quienes en ellos intervienen, por una parte, los deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagre para el respectivo tipo contractual, y, por otra, los denominados **deberes secundarios**, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (C.C., art. 1603 y C. Co., art. 871), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v. gr. deberes de reserva, seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes), todo esto, claro está, sin perjuicio de las cargas, gravámenes o de otras relaciones jurídicas pasivas que, dependiendo del negocio de que se trate, puedan igualmente generarse para las partes." ⁶⁶*

Y específicamente, en relación con el deber de información, se afirma:

⁶⁵ Solarte Rodríguez, Arturo. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta. Universitas, 53(108). 2004, Págs. 307 a 308.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil 2005-00025 de noviembre 5 de 2013.

"Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones. El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

*"El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes en un contexto de corrección y lealtad."*⁶⁷

El deber de información, como los demás, se incorpora como exigencia de comportamiento a las fases precontractual, contractual y poscontractual en virtud del principio de buena fe, de conformidad con lo establecido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Enfatiza el Tribunal que el último de los citados, aplicable al caso *sub examine*, es explícito en decir que los "contratos deberán **celebrarse y ejecutarse** de buena fe".

Por su parte, las cargas constituyen comportamientos cuya observancia se endereza a la obtención eficaz de determinados fines prácticos que interesan al agente, pero cuya desatención no trae consigo, *per se*, hecho dañoso a un tercero que reclame la correspondiente indemnización. La inobservancia de las cargas, dice Hinestrosa, "...o sea el no realizar el o los actos necesarios del caso, expone al sujeto a verse en condiciones adversas, al no poder disfrutar de la protección del derecho o no poder oponer el suyo a otras personas o a ser calificado adversamente".⁶⁸

⁶⁷ Solarte Rodríguez, Arturo, Ob Cit.

⁶⁸ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pág. 382.

Junto con el paradigmático caso de la *carga* de la prueba, son claro ejemplo de esta categoría las *cargas de la autonomía privada* respecto de las cuales la doctrina suele mencionar las de legalidad, claridad, sagacidad y conocimiento.

Sobre las cargas de la autonomía, Cancino Restrepo enseñó que ellas, en general, "*versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo*" y que por virtud de la de **claridad** "*debe el agente fijar la manera inequívoca y fácilmente reconocible al valor vinculante del negocio que pretende concluir, a fin de evitarse un daño a sí mismo o al destinatario*"⁶⁹.

O en palabras de Hinestrosa,

"Y en todos los casos se recomienda la mayor claridad, en los términos, la mayor precisión y plenitud.

*"Quien celebra un negocio debe tener presente que su criatura escapa al dominio suyo en cuanto esté completa, se le sale de las manos: en cuanto desconocida por otro u otros es ya del dominio de estos, y será objeto de interpretación y de calificación por ellos; en dicha razón ha de cuidar que su inteligencia sea lo más próxima posible a la suya y que el sentido que quiso imprimirle a su conducta sea aquel en que los demás lo pueden o deben tomar."*⁷⁰

La pregunta desde el frente de la "información" necesaria para la cabal declaración de voluntad es simple: ¿Debía la promitente compradora informar acerca del alcance de la condición que ella misma redactó, en el sentido de indicar a qué predios o al menos a qué tipo de predios se refería, a efectos de la adquisición de derechos reales, o eran los promitentes vendedores los que debían, una vez conocida la propuesta de cláusula, desplegar los estudios y análisis necesarios para conocer a qué predios se refería la misma?

⁶⁹ Cancino Restrepo, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis. Bogotá 1979, págs., 47 y ss.

⁷⁰ Hinestrosa, Fernando. Ob. Cit, pág. 391.

Para el Tribunal la respuesta demanda la indagación acerca de las condiciones de los contratantes, su formación, sus conocimientos profesionales o en determinado oficio, su experiencia y en general sus competencias en áreas específicas.

En el caso presente fluye que la promitente compradora era una compañía multinacional dedicada a la *"exploración, explotación, transporte y comercialización de carbón y cualquier otro tipo de minerales"*⁷¹, entre otros, que iría a desarrollar el Proyecto Minero Cañaverales.

Para el Tribunal es claro que el conocimiento de los pormenores del frente técnico del negocio, en lo tocante al proyecto minero, sus especificaciones y requerimientos los tenía la promitente compradora. No está demostrado que los promitentes vendedores sean expertos en o conocedores de proyectos de minería o afines. En ese sentido, encuentra el Tribunal que lo relativo a la cantidad y determinación de los predios necesarios para el desarrollo del proyecto minero Cañaverales no tenía que ser del conocimiento de los Convocantes.

Aunque la Convocada afirma que la información de los predios necesarios para el proyecto minero Cañaverales podía conocerse con base en la licencia ambiental, en esta se hace referencia a coordenadas, no a predios específicos; y, lo cierto es que tal licencia se obtuvo con posterioridad a la celebración del contrato de promesa, lo cual confirma que antes de dicha celebración los promitentes vendedores no podían acceder a ese texto. Para el Tribunal la Convocada no pudo demostrar haber transmitido o haber puesto a disposición tal información a la acá Convocante. La Convocada centró todos sus esfuerzos probatorios en demostrar que dicho proyecto minero está integrado por una pluralidad de inmuebles, que, valga la insistencia, sigue sin especificar; sin embargo, como ya se ha expuesto, tal situación no le otorga certeza a la cláusula analizada.

Para el Tribunal es claro que la promitente compradora, no solamente como compañía experta y dedicada a las actividades mineras, sino muy especialmente como parte que, según quedó explicado, extendió o dictó la cláusula quinta, incluida la condición D), tenía el deber de brindar toda la información necesaria para ilustrar a los prometientes vendedores sobre el contenido y alcance de la condición que se viene estudiando.

⁷¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 61.

Y no se trataba de un asunto de poca monta. No. Era una de las cuatro condiciones que resultaban indispensables a efectos de celebrar el contrato prometido. Así pues, se estaba en presencia de un aspecto neurálgico que exigía la mayor de las precisiones.

No comparte el Tribunal la línea de defensa que ha esgrimido la Convocada en el sentido de decir que eran los promitentes vendedores quienes tenían la carga de auto informarse, como si eso, además, eliminara el precitado deber que sobre aquella pesaba. Tal idea, quizás, podría considerarse si ellos hubiesen sido personas conocedoras del negocio minero, especialmente en materia de carbón.

El hecho de ser los Convocantes *"empresarios con amplia trayectoria en el mundo de los negocios"*, y que estuviesen *"en capacidad de entender las características de un contrato como el proyecto minero Cañaverales"*, para emplear las expresiones de la Convocada en sus alegaciones finales, y que hayan tenido asesoría jurídica, ni les impone la carga de auto información en materia que les es desconocida, ni releva a la parte conocedora del negocio de suministrar la información completa y clara necesaria para que el contenido negocial discutido fuera conocido en toda su magnitud.

Para la Convocada, la promitente vendedora confunde erróneamente los bienes que resultan necesarios para el "pozo minero" con aquellos necesarios para el "proyecto minero", conceptos que son calificados en sus alegatos de conclusión como "no equivalentes". Una explicación en tal sentido es la que se extraña en el contrato de promesa para concretar aquellos aspectos que generan ambigüedad en la interpretación de la cláusula quinta. Son precisamente estas carencias explicativas las que llevan a identificar la ambigüedad de la condición D, de forma que, contrario al decir de la Convocada, no estamos ante un caso en el que las partes hayan plasmado su voluntad en cláusulas claras y precisas.

Ahora bien, la circunstancia de que en buena medida la defensa de la Convocada se afine en que los prometientes vendedores omitieron la carga de auto informarse, es el reconocimiento de que no hubo de su parte la información alrededor de cuáles inmuebles debían ser objeto de adquisición.

Muy relacionado, aunque no del todo coincidente, surge el ya aludido asunto reconocido por la doctrina nacional y extranjera, de las cargas de la autonomía privada, y

especialmente en este caso de la carga de claridad. Ya se señalaron citas doctrinales elocuentes en esta materia.

Los agentes en un negocio jurídico y muy particularmente aquellos que extienden o redactan contenidos negociales, tienen la carga de ser diáfanos, precisos, nítidos en las correspondientes cláusulas con el objeto, precisamente, de evitar ambigüedades, confusiones y anfibologías.

En el caso que se analiza, la verificada ausencia de información sobre los pormenores del negocio en cuanto se refiere a la condición contenida en el ordinal D de la cláusula quinta, constituyó, a la vez, falta de explicación por parte de la promitente compradora sobre los predios que era necesario adquirir para adelantar el proyecto minero Cañaverale. Lo uno era inseparable de lo otro. No informar, llevó de suyo a no explicar. Y para el Tribunal fue esa falta de explicación (artículo 1624 del C.C) y de información la generadora de la ambigüedad de la estipulación.

Tampoco es aceptable la línea argumentativa empleada por la Convocada para afirmar que la inacción o el silencio de la promitente vendedora respecto de la ambigüedad de la cláusula demuestra claridad de la condición pactada en la promesa. Para el Tribunal, el análisis correcto no gira en torno a que la promitente vendedora no haya buscado la información sobre cuáles eran los predios necesarios para el proyecto minero de la promitente compradora, sino la falta al deber de información y a la carga de claridad que esta última tiene respecto de la primera debido al especial conocimiento que tenía sobre su propio proyecto minero.

Ante la ambigüedad de la cláusula y las faltas al deber de información y a la carga de claridad de parte de la promitente compradora, no puede calificarse como ir contra los propios actos de la promitente vendedora, como lo afirma la Convocada, el hecho de no haber pretendido la resolución de la promesa previamente, ni el hecho de haber guardado silencio sobre un supuesto indebido entendimiento del alcance de la condición D de la cláusula quinta. Para el Tribunal, la Convocada plantea una errónea concepción de la teoría de los actos propios en cuanto para que ella tenga aplicación es necesario, entre otros, como lo reconoce la doctrina, que las conductas y comportamientos contra los cuales no es dable ir, sean inequívocos, circunstancia ajena a esta controversia.

Para mayor claridad conviene citar algunas líneas de autorizada doctrina. Marcelo J. López Mesa y Carlos Rogel Vide, señalan como uno de los presupuestos para la aplicación de la llamada doctrina o teoría de los actos propios que *"los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser **inequívocos** respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho"*. Y complementan lo anterior asegurando que *"[p]ara la aplicación de esta doctrina no alcanzan las conjeturas sobre posibles significaciones de un acto; el alcance del acto que luego pretende deshacer o contratar debe ser inequívoco"*.⁷² (resalta el Tribunal)

En la doctrina nacional lo explica claramente Jaramillo Jaramillo: *"Acorde con lo señalado en precedencia también se tiene establecido que la referida conducta o actuación, indefectiblemente debe **inequívoca**, o sea desprovista de variadas lecturas o interpretaciones, en cuyo caso reinaría la hesitación y la socavante duda. Por eso la equivocidad, no es bienvenida en esta materia, (...)"*.⁷³

Para el Tribunal ni la ausencia de pretensión resolutoria del contrato ni el silencio en torno a lo que hoy considera ambigüedad, pueden catalogarse de comportamientos inequívocos de entender como clara la cláusula que se comenta. Son conductas pasivas, pero en ningún caso inequívocas en ese sentido.

Por las razones advertidas, el Tribunal despachará favorablemente la Segunda Pretensión Declarativa Principal, en el sentido de que el ordinal D de la cláusula quinta del Contrato de Promesa es ambiguo debido a una falta de explicación que ha debido darse por la promitente compradora, y desestimaré la excepción sexta denominada "LA CONDICIÓN PACTADA EN EL LITERAL D) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PROMESA NO ES AMBIGUA".

5.2.3 Interpretación objetiva de las cláusulas ambiguas. Interpretación contra el contratante que extendió o dictó la cláusula

En la medida en que la convocante solicita la aplicación del artículo 1624 del Código Civil para interpretar el ordinal D de la cláusula quinta, y que dicho criterio interpretativo es

⁷² López Mesa, Marcelo & Rogel Vide, Carlos. La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Reus y Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires. 2005. Página 111.

⁷³ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. La Doctrina de los Actos Propios. Significado y Proyección de la Regla *Venire Contra Factum Proprium* en el Ámbito Contractual. Primera Edición. La Ley. Madrid. 2014. Página 332.

subsidiario de aquellos consagrados en los artículos 1618 a 1623, sea lo primero aclarar que para el Tribunal la interpretación sistemática de la cláusula que argumenta la Convocada no lleva, a juicio del Tribunal, a concluir con certeza sobre la común intención de los contratantes respecto de cuáles eran los predios necesarios para el Proyecto Cañaverales, razón por la cual procede la aplicación residual del artículo 1624.

La Convocada ha sostenido que, aunque se concluyese la ambigüedad de la cláusula, debe preferirse la interpretación del artículo 1622.

Este extremo procesal, en relación con la interpretación sistemática del contrato, dijo:

"Entonces, la interpretación sistemática de la cláusula QUINTA del contrato permite entender que los "predios necesarios para el proyecto minero denominado Cañaverál" de que trata el literal D de dicha cláusula serían los definidos en la licencia ambiental del proyecto. Que como expuse anteriormente incluye varias zonas adicionales a las requeridas para el pozo minero."

Para el Tribunal no es posible concluir, con base en la condición D) de la cláusula quinta, interpretada sistemáticamente con otros pasajes del contrato de promesa, que sea claro que los predios que debían adquirirse hubieran sido mencionados como tales en la licencia ambiental.

De conformidad con la ley, cuando una cláusula es ambigua y la ambigüedad proviene de la falta de explicación que ha debido darse por quien la extendió o dictó, se impone una interpretación contra esta.

El artículo 1624 del Código Civil que establece lo siguiente:

"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

"Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

Sobre esta disposición legal conviene precisar, de acuerdo con autorizada doctrina que:

"No es difícil colegir, empero, que esta singular regla, a su manera, introduce un elemento de 'justicia contractual', al prever que la estipulación ambigua se interpreta (...) contra la parte que la extendió, sea ella acreedora o deudora, pero solo si la confusión despusa por una falta de explicación que esa parte ha debido hacer.

"...

"... en rigor, esta regla no dilucida la ambigüedad o la duda: simplemente la resuelve a favor de uno de los contratantes. Si se miran bien las cosas, la duda subsiste, pero puesto el juzgador en la hipótesis de la norma, debe necesariamente interpretar la respectiva estipulación (...) en contra de quien estipuló o dictó la cláusula (contra proferentem)."74

El constatado carácter de cláusula ambigua que ostenta la condición D) del contrato de promesa, reclama, entonces, de una vía de interpretación objetiva en la medida en que con apoyo en el acervo probatorio no puede el Tribunal conocer claramente la intención de los contratantes ni puede superarse la duda interpretativa con apoyo en los artículos 1619 a 1623 el Código Civil. Tal vía, no es otra que la favorable que han esgrimido los Convocantes.

En aplicación de la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 1624 del Código Civil, y habiéndose constatado por el Tribunal que (i) la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de este proceso fue concebida, redactada, extendida, dictada por la promitente compradora, (ii) que la condición D) de la referida cláusula es ambigua en la medida en que su texto admite varias interpretaciones como las que de manera antagónica han sostenido las partes de este proceso y (iii) que esa ambigüedad proviene de la falta de explicación que la promitente compradora, como predisponente del contenido y además experta y conocedora del tema técnico envuelto en la cláusula, ha debido dar en cumplimiento de su deber de información y particularmente de la carga de claridad que reclama la ley (art. 1624 C.C.), se concluye que la interpretación de la aludida condición debe ser interpretada contra la parte promitente compradora.

⁷⁴ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2016, págs. 405 y 407.

En este caso, dicha interpretación contra quien extendió o dictó la condición D) de la cláusula, se materializa en que los predios a los que se refiere tal condición son aquellos en donde estará ubicado el pozo de la mina; es decir, los inmuebles colindantes al predio "La Esmeralda" (objeto del contrato de promesa), denominados por las partes como "Villa Tere " y "Villa Tere II", tal como lo entendieron los promitentes vendedores, [Predio "Villa Tere", No. de Matrícula Inmobiliaria 214-20851, que fue adquirido por MPX Colombia S.A. mediante escritura pública No. 0279 de la Notaría Tercera de Valledupar de fecha 1.3.2012⁷⁵. Predio "Villa Tere", No. de Matrícula Inmobiliaria 214-20850, que fue adquirido por MPX Colombia S.A. mediante escritura pública No. 0276 de la Notaría Tercera de Valledupar de fecha 1.3.2012⁷⁶].

El Tribunal, por las razones señaladas, despachará favorablemente la Tercera Pretensión Declarativa Principal que busca que se declare que la condición incluida en el ordinal D de la cláusula quinta del contrato de promesa, debe interpretarse en contra de la promitente compradora y a favor de los promitentes vendedores, así como la Cuarta Pretensión Declarativa Principal en el sentido de que los predios a los que se refiere la condición D) de la cláusula quinta, son "*los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (mining pit) del Proyecto Cañaverales*", atrás aludidos.

5.2.4 ¿Está cumplida la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa?

Corolario de lo que se ha venido planteando, es que la condición estipulada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa está cumplida.

En efecto, supuesto (i) que dicha condición fue, como toda la cláusula quinta y otros pasajes contractuales, extendida o dictada por la promitente compradora, (ii) que resultó ambigua como consecuencia de la ausencia de la debida explicación e información que la promitente compradora ha debido dar y (iii) que por lo tanto debe interpretarse contra ella en el sentido de que los predios a los que se refiere la condición son aquellos sobre los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*) como lo entendieron los promitentes vendedores, se concluye con facilidad que la condición está cumplida puesto que obra en el expediente prueba de la adquisición de los referidos inmuebles que no son otros que los denominados Villa Tere y Villa Tere II, cuya compra por parte de la sociedad MPX

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folio 159.

⁷⁶ Ibidem – Folio 162.

(luego CCX) consta en las escrituras públicas Nos. 0276 y 0279 ambas del 1 de marzo de 2012 otorgadas en la Notaría 3ª de Valledupar, y registradas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar el 6 de marzo de 2012 bajo los folios de matrícula Nos. 214-20850 y 214-20851 respectivamente.

Sobre el punto la Convocada ha afirmado que las razones por las que la promitente compradora no ha adquirido la totalidad de los restantes inmuebles necesario para el proyecto son:

- "La suscripción del acuerdo de compraventa de activos entre CCX y YCCX en marzo de 2014.
- "La controversia en relación con el acuerdo de compraventa de activos que condujo a las partes a un arbitramento internacional, en el que se prohibió a CCX modificar el statu quo del proyecto en virtud de una medida de emergencia. Por lo que jurídicamente no podía adquirir predios adicionales a los ya adquiridos.
- La pérdida de la licencia ambiental debido a la inactividad del proyecto minero y en consecuencia el trámite de una nueva licencia ambiental ajustada al proyecto minero actual.

Varias son las consideraciones para no admitir esta línea de defensa. En primer lugar, y por virtud del principio de relatividad de los negocios jurídicos, la compraventa de activos celebrada entre CCX y YCCX celebrada el 26 de marzo de 2014, no tiene por qué afectar el normal desenvolvimiento del contrato de promesa objeto de este debate. Por su parte las órdenes del árbitro de emergencia, emitidas en abril 6 y mayo 7 de 2015, transcritas por la Convocada, se referían a prohibiciones en relación con la disposición de activos. Y la pérdida de la licencia ambiental, es un hecho enteramente atribuible a su titular y no a los promitentes vendedores.

De cualquier manera, esas circunstancias ocurrieron años después de haber acaecido las restantes condiciones pactadas en la cláusula quinta, y no existe explicación o justificación sobre la falta de adquisición posterior de otros predios. Encuentra el Tribunal que no hay prueba alguna de, por ejemplo, negativa de potenciales vendedores y que por ello hubiese sido imposible la adquisición correspondiente. Ni siquiera hay prueba de intentos de negociación o de ofertas de compraventa formuladas a propietarios de predios aledaños. Ciertamente, como lo afirma la Convocada, que la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta era mixta, pero, debe insistir el Tribunal, no hay prueba que permita

concluir que fue la ausencia de consentimiento de terceros lo que ha impedido el cumplimiento de tal condición. Fuera de esos dos inmuebles (conocidos como Villa Tere y Villa Tere II), adquiridos en desarrollo de la condición D) de la cláusula quinta -en época que se acompasa y es razonablemente cercana al cumplimiento de las restantes condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa- nada hay en el expediente, diferente a las afirmaciones de la parte Convocada que sigue insistiendo en que se requieren más inmuebles -sin especificarlos- que apunte en concreto a identificar con claridad y certeza adicionales bienes raíces.

De manera que, contrario a lo expuesto por la Convocada, dicha condición no está pendiente, en la medida en que, según la interpretación aplicada por el Tribunal, ya fueron adquiridos los predios necesarios para el proyecto Cañaverales.

Así pues, bajo la interpretación en contra de los promitentes compradores a la que ha accedido el Tribunal, la cuarta condición pactada en la cláusula quinta está cumplida desde el día 6 de marzo de 2012, fecha en que se adquirieron los referidos inmuebles, como consta en los correspondientes certificados de tradición que obran en el expediente.

Esta conclusión permite, además, y en igual sentido a lo que se expresó en relación con las demás condiciones pactadas en la cláusula que se comenta, sostener al Tribunal que la indeterminación que tuvo *ab initio* la estipulación de condición, carece hoy de toda importancia, en la medida en que se ha constatado su efectivo cumplimiento a la vez que saneada tácitamente la consiguiente nulidad. Así pues, la validez íntegra de la promesa queda plenamente verificada también desde la perspectiva de la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de esta controversia.

Lo contrario, llevaría necesariamente a la nulidad absoluta del contrato de promesa estudiado, toda vez que así se confirmaría que el momento en que ocurra "*la adquisición total de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución del proyecto minero denominado Cañaverales*" es imposible de ser determinado en el tiempo. La simple noción de "necesidad" de otras "áreas", como lo son la de botadero e infraestructura, entre otras, no significa que la condición del ordinal D sea determinada, porque aún restaría por precisar la época en la que debería acaecer dicha condición.

Adicionalmente, el Tribunal debe aclarar que la cláusula analizada se encuentra en el marco de un contrato de promesa de compraventa, motivo por el cual la analogía planteada por la Convocada en relación con el artículo 800 del Código Civil, resulta

improcedente toda vez que para el tipo de contrato que nos ocupa, como ya se ha referido anteriormente, están proscritas las condiciones indeterminadas; situación que no aplica a la propiedad fiduciaria. Más aún, el término máximo de 30 años, planteado por el Código Civil en la regulación especial de la propiedad fiduciaria, no puede ser entendido como un criterio aplicable a cualquier tipo de condición. Un entendimiento como el que propone la Convocada significaría que jamás, a la luz del Código Civil, podrían existir condiciones indeterminadas puesto que todas quedarían sujetas al plazo de 30 años para su cumplimiento.

Para terminar este punto, pone de presente el Tribunal que si la condición D) de la cláusula quinta no se pudiera tener por cumplida, como en efecto se tiene, inexorablemente el Tribunal hubiera tenido que declarar oficiosamente la nulidad de promesa de compraventa por indeterminación de una de las necesarias condiciones para la fijación de la época de celebración del contrato prometido, según lo tiene decidido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior puesto que la correspondiente nulidad habría sido del carácter de absoluta, por omisión de requisitos exigidos en atención a la naturaleza del contrato de promesa (arts. 89, ordinal 3º de la ley 153 de 1887, en armonía con el art. 1741 del Código Civil), nulidad que por mandato de la disposición contenida en el artículo 1742 de esa codificación, subrogado por el art. 2º de la ley 50 de 1936, debe ser declarada de oficio.

Con base en todo lo dicho, el Tribunal despachará favorablemente la PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN DECLARATIVA PRINCIPAL, así como las pretensiones SEGUNDA a QUINTA principales y desestimaré las excepciones, TERCERA, QUINTA (parcialmente), SEXTA y SÉPTIMA que denominó "INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE CCX EN LA ESTRUCTURACIÓN, REDACCIÓN, NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE FECHA 9 DE MARZO DE 2011 Y SUS OTROSIES", "AUSENCIA DE POSICIÓN DOMINIO CONTRACTUAL (...) DE BCC COMO CESIONARIA DE CCX EN EL CONTRATO DE PROMESA", "LA CONDICIÓN PACTADA EN EL LITERAL D) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE PROMESA NO ES AMBIGUA" e "IMPOSIBILIDAD DE REBELARSE CONTRA LOS ACTOS PROPIOS", respectivamente.

Como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones declarativas principales el Tribunal se abstendrá de estudiar los dos grupos de pretensiones declarativas subsidiarias y sus correspondientes excepciones.

6. ESTUDIO DEL DENOMINADO GRUPO DE PRETENSIONES DECLARATIVAS COMUNES A TODOS LOS GRUPOS DE PRETENSIONES ANTERIORES

Despachadas como quedaron las pretensiones declarativas principales, corresponde en orden lógico que el Tribunal aborde el llamado "*Grupo de Pretensiones Declarativas comunes a todos los Grupo de Pretensiones Anteriores*".

En buena medida, las consideraciones ya expresadas servirán de base a la decisión que deba adoptarse en relación con varias de estas pretensiones.

6.1 La primera pretensión declarativa de este grupo se formuló de la siguiente manera:

***Primera.** Que se declare que se cumplieron la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, en la fecha que se pruebe en el curso del proceso.*

Según quedó analizado, todas las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa objeto de este litigio deben considerarse válidas y están ellas cumplidas.

En efecto, ya se constató por el Tribunal que la medición topográfica del inmueble, que vendría a determinar en definitiva el precio de la compraventa prometida (Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 91 a 92), se llevó a cabo el 7 de mayo de 2012, tal como se reconoció en la consideración No. 3 del otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012. Con eso se cumplió la condición incluida en el ordinal A) de la cláusula quinta del contrato de promesa. Quedó demostrado también que se surtió el trámite de verificación de los promitentes vendedores bajo las normas SARLAFT. Como se hizo ver en su oportunidad este punto no ha tenido discusión en el proceso y fue admitido por la promitente compradora en comunicación de febrero 1º de 2013, remitida por el señor Carlos Mantilla a los Convocantes, hecho por demás admitido como cierto en la contestación al hecho 66 de la demanda reformada. Sin embargo, el Tribunal debe poner de presente que no existe prueba sobre la fecha de cumplimiento de esta específica condición (ordinal B) de la cláusula quinta), lo que, claro está, no impide en absoluto tenerla por acaecida. Así pues está probado el cumplimiento de la condición incluida en el ordinal B) de la cláusula quinta. Por su parte la licencia ambiental del proyecto fue otorgada por la autoridad competente mediante las Resoluciones Nos. 1074 del 08 de junio de 2011 y 1883 de 21 de septiembre de 2011, con lo que se cumplió la condición prevista en el ordinal C) de la mencionada

estipulación (Cuaderno de Pruebas No. 2 – Folios 46 a 188). Por último, el Tribunal, con apoyo en la interpretación que considera debe darse a la condición pactada en el ordinal D) de la cláusula quinta, según quedó suficientemente explicado, constató su cumplimiento el día 6 de marzo de 2012, fecha en que se registraron en la Oficina de Instrumentos Públicos de San Juan del Cesar las escrituras públicas Nos. 0276 y 0279 de 1 de marzo de ese año, otorgadas en la Notaría 3ª de Valledupar, mediante las cuales la sociedad MPX (luego CCX), compró los inmuebles correspondientes.

En consecuencia, el Tribunal tiene por cumplidas todas las condiciones pactadas en la cláusula quinta desde el día 7 de mayo de 2012, que corresponde, en orden cronológico a la más reciente de las fechas de cumplimiento de condiciones, según las pruebas que obran en el expediente.

Por tanto, esta pretensión tiene vocación de prosperidad y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive.

6.2 La segunda y tercera pretensiones del grupo de las declarativas comunes señalan:

Segunda. *Que se declare que en la fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar del cumplimiento de las mismas a los Demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5o) día hábil siguiente, de conformidad con la Cláusula Séptima del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

Tercera: *Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el cumplimiento de las condiciones a los Demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras del Predio La Esmeralda al quinto (5o) día hábil siguiente, y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.*

La obligación en cabeza de la promitente compradora consistente en notificar el cumplimiento de las condiciones de la cláusula quinta, que se alega como incumplida por parte de los Convocantes, se encuentra estipulada en la cláusula séptima del contrato de promesa en los siguientes términos:

"SEPTIMA. SUSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA. Las Partes se comprometen a suscribir la Escritura Pública que perfeccione el presente contrato, el quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha en que la PROMITENTE COMPRADORA notifique por escrito a LOS PROMITENTES VENDEDORES que se han cumplido las condiciones previstas en la cláusula Quinta de este contrato. La firma se llevará a cabo a las tres de la tarde (3:00 p.m.) en la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá. Como condición necesaria para el otorgamiento de la Escritura Pública, LOS PROMITENTES VENDEDORES deben conseguir los documentos de Ley requeridos para que proceda este acto. Las partes podrán de común acuerdo adelantar o posponer la fecha de firma de la escritura pública, mediante la suscripción de un Otrosí.

"PARÁGRAFO PRIMERO. De la misma manera, las partes se comprometen a suscribir el contrato que perfeccione la venta de las mejoras y la ocupación de las veinticinco (25) hectáreas del PREDIO, en las mismas fecha, hora y lugar enunciado en esta cláusula."

El punto de partida para determinar si la promitente compradora incumplió o no esta obligación, es la interpretación que el Tribunal le ha dado a la condición del literal 'D' de la cláusula quinta del contrato de promesa, en el sentido de que los '*predios necesarios para la ejecución del proyecto minero cañaverales*', sólo eran aquellos que abarcaban el pozo minero o *Pit*, esto es, Villa Tere, Villa Tere II y La Esmeralda; en consecuencia, desde el día 06 de marzo de 2012, fecha en la que el promitente comprador adquirió los predios Villa Tere y Villa Tere II, como consta en los Folios de Matricula Inmobiliaria No. 214-20851 y 214-20850⁷⁷ que obran en el expediente, surgió y se hizo exigible la obligación en cabeza del promitente comprador de notificarle por escrito a los Convocantes que ya se habían cumplido todas las condiciones contenidas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Por lo anterior, el Tribunal concluye que dicha obligación está incumplida a partir del 7 de mayo de 2012, fecha a partir de la cual la promitente compradora estaba obligada a llevar a cabo la notificación prevista en el contrato.

Hay que señalar que el contrato de promesa objeto de controversia tiene la característica de ser de ejecución escalonada, pues las obligaciones estipuladas en el contrato implican etapas que deben desarrollarse según una cronología acorde con la naturaleza del negocio querido y pactado por las partes; es decir, y como lo sugiere la figura de la escalera, los peldaños se suceden en un determinado orden que debe observarse para desplazarse por

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folios 171 a 177.

ella, de manera que la unidad de la escalera no se confunde con la identidad y lugar propio de cada escalón. Y en este orden de ideas, el Tribunal advierte el escalonamiento que existe entre la obligación en cabeza del promitente comprador de notificar por escrito el cumplimiento de las condiciones, y la subsiguiente obligación en cabeza de ambas partes contratantes de suscribir la escritura pública y el documento privado que perfeccionen el negocio jurídico prometido, que sólo sería exigible una vez se cumpliera la primera.

Ahora bien, el incumplimiento de la obligación de notificar por escrito que se cumplieron las condiciones de la cláusula quinta, no es simple, en el sentido de no haberle informado a los promitentes vendedores la ocurrencia de unos hechos irrelevantes o insignificantes para la operación de venta prometida; por el contrario, dicho incumplimiento es sustancial y relevante para el negocio jurídico celebrado entre las partes, pues implica la parálisis del mismo, pues como ya se ha explicado, a partir del cumplimiento de dicha obligación es que nacería la obligación esencial del negocio jurídico celebrado, esto es, la obligación de suscribir la escritura pública y el documento privado, a través de la cual se celebraría el contrato prometido.

Con base en lo anterior, concluye el Tribunal que aunque no se puede afirmar que en estricto sentido la promitente compradora haya incumplido la obligación de suscribir la escritura pública y el documento privado para perfeccionar la venta prometida pues dicha obligación aún no había nacido, a esa circunstancia se llegó por el incumplimiento previo de la obligación de notificar sobre el acaecimiento de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Y en igual sentido, como se verá, se concluye respecto del incumplimiento alegado por los Convocantes de la obligación de pagar el saldo del precio, conforme a lo dispuesto en el ordinal 'd' de la cláusula cuarta, pues dicha obligación nacería sólo después de que se llevara a cabo la suscripción de la escritura pública de compraventa y de que se expidiera el Folio de Matricula Inmobiliaria en el que constara el derecho adquirido por la Convocada.

Teniendo en cuenta que en el presente Laudo el Tribunal ha reconocido que ya se cumplieron todas las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa, y que la promitente compradora no notificó de esa circunstancia a los promitentes vendedores, concluye el Tribunal que deben prosperar las pretensiones segunda y tercera del grupo de pretensiones declarativas comunes y así se declarará en la parte resolutive. Por las mismas razones se declarará no probada la excepción OCTAVA que la convocada

denominó "INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA".

6.3 En las pretensiones cuarta y quinta declarativas comunes la Convocante solicita:

Cuarta. Que se declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio establecido en el literal d) de la Cláusula Cuarta del Contrato de Promesa No. FS0019- SJ0026, modificado por la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2, se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

Quinta. Que a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026.

Antes de despachar esta pretensión se destaca, con base en todo lo que se ha venido sosteniendo, que se debe entender agotada la etapa contractual en la que el promitente comprador debía notificarle a los promitentes vendedores el cumplimiento de las referidas condiciones. Precisamente eso es lo que ha constatado el Tribunal, de tal manera que lo que corresponde en la cadena lógica del cumplimiento del contrato es el otorgamiento de la escritura pública de venta, aspecto que abordará el Tribunal al despachar las pretensiones de condena.

Ahora bien, en cuanto hace al pedimento de que el Tribunal *"declare que la obligación de pagar a los Demandantes el saldo del precio (...) se hizo exigible transcurridos treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa, es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026"* el Tribunal considera que no puede abrirse paso.

En efecto, de acuerdo con el contrato (ordinal d de la cláusula cuarta del Contrato de Promesa, modificado en virtud de la cláusula segunda del Otrosí No.2) la obligación de pagar el saldo se estipuló de la siguiente manera:

*"d) El saldo equivalente a MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (sic) MONEDA CORRIENTE (\$1.860.896.700.00) será pagado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en la que se haya firmado la escritura pública de compraventa y se haya expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la **PROMITENTE COMPRADORA**, ..." (subraya el Tribunal)*

Y en la cláusula sexta, ordinal 2. se acordó:

"2.- En el evento de que todas las condiciones mencionadas en la cláusula Quinta se cumplan a cabalidad, se procederá así:

"...

"2.4 Una vez sea expedido el Folio de Matrícula Inmobiliaria en donde conste la tradición del INMUEBLE a favor de la PROMITENTE COMPRADORA, la PROMITENTE COMPRADORA procederá con el pago descrito en el literal d) de la cláusula Cuarta del presente contrato". (subraya el Tribunal)

Para el Tribunal son claras las estipulaciones transcritas en el sentido de condicionar la obligación del pago del saldo no solamente al otorgamiento de la escritura pública de venta, sino además a su registro y consecuente expedición del correspondiente folio de matrícula en el que constara la tradición del dominio.

Por esta circunstancia no asiste razón a los Convocantes cuando pretenden que el Tribunal declare (i) que la obligación del pago del saldo del precio se hizo exigible *"treinta (30) días calendario de la fecha en que debió haberse firmado la escritura pública de compraventa (subraya el Tribunal), es decir, al quinto (5o) día hábil siguiente a la fecha de cumplimiento de las condiciones válidas de la Cláusula Quinta del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026"*, y (ii) que *"a la fecha la Promitente Compradora no ha cumplido con la obligación de la pretensión anterior y por lo tanto está incumpliendo el Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026."*

Dadas las aludidas estipulaciones contractuales, no puede el Tribunal, sin contrariarlas, declarar que una obligación se hizo exigible antes de la época estipulada incluso para su nacimiento y tampoco, consecuentemente, que se esté en presencia de su

incumplimiento. Los condicionamientos de los cuales pendía y pende la obligación de pagar el saldo del precio de la compraventa prometida, en especial lo atinente al registro y emisión del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, son suficientes para soportar esta conclusión.

En este sentido no pueden prosperar las pretensiones declarativas que se comentan tal como vienen formuladas. Con todo, al despachar las pretensiones de condena, el Tribunal adoptará las determinaciones que corresponda sobre este particular.

6.4 La sexta pretensión declarativa común es del siguiente tenor:

***Sexta.** Que se declare que la Promitente Compradora incumplió con los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los deberes de información, claridad, lealtad y corrección.*

Para resolver esta cuestión, considera oportuno el Tribunal hacer una precisión conceptual comoquiera que son varias las categorías sometidas a su juicio por los Convocantes.

La pretensión se encamina a que el Tribunal declare que la promitente compradora incumplió los postulados del principio general de buena fe y los deberes secundarios de conducta que de este se desprenden, específicamente los de información, claridad, lealtad y corrección.

Para la Convocante tanto "información" como "claridad", "lealtad" y "corrección", constituyen **deberes secundarios**, idea no del todo compartida por algún sector de la doctrina que ubica las nociones de "lealtad", de "corrección" y de "claridad" bajo la categoría de **cargas**⁷⁸, a diferencia de otro que, por ejemplo, ve en "claridad" un **deber** que, a su turno, incluye el de información.⁷⁹

⁷⁸ Por ejemplo, Fernando Hinestrosa, es explícito al hablar de "Carga de Corrección" (Tratado de las Obligaciones II. El Negocio Jurídico Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2015. Pág. 384);

⁷⁹ Por ejemplo, Nicolás Pájaro Moreno, en la cita que los Convocantes esgrimieron en sus alegatos de conclusión. El Contrato y sus Principios Orientadores. En Derecho de las Obligaciones Tomo I. Coordinación de Marcela Castro de Cifuentes. Universidad de los Andes, Editorial Temis. Bogotá, 2009.

Es más, no siempre se deslindan las nociones de carga y de deber. Por ejemplo, en el laudo Arbitral de TV CABLE S.A. y otros contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. se lee,

*"El **deber** de información se ha entendido como la **carga** de dar a conocer de manera clara y veraz las condiciones del negocio que se va a realizar; suministrar al otro contratante los elementos de juicio necesarios para que éste preste su consentimiento de forma tal que, con el conocimiento de esa información, pueda evaluar la utilidad del negocio que proyecta celebrar y pueda conducir su voluntad de manera confiada a la obtención del provecho que espera (resalta el Tribunal).*

"Este deber implica que el consentimiento se otorgue con pleno conocimiento de causa para garantizar así que el objeto del contrato corresponde a lo que cada parte espera genuinamente con su cumplimiento." ⁸⁰

Reconoce el Tribunal que en este frente no hay unanimidad en la doctrina, por lo que conviene insistir en la necesidad de manejo cauteloso y detallado de las categorías involucradas a fin de evitar confusiones, en especial de cara a las consecuencias que se derivan de la inobservancia, incumplimiento o desatención de ellas.

Para el Tribunal, como ya lo ha afirmado, la conducta relacionada con "**información**", efectivamente constituye **un deber secundario**, propiamente hablando, que brota del principio de buena fe, al paso que la **claridad**, entendida como comportamiento que busca declaraciones nítidas, exentas de anfibologías, equívocos o confusiones, constituye, en estricto sentido, una **carga**.

Por su parte, **lealtad** y **corrección** están directa e inescindiblemente asociados al concepto mismo de **buena fe** objetiva; son nociones que la definen de tal manera que, más que deberes de ella derivados, son parte de sus elementos constitutivos.

Bajo estas premisas el Tribunal examinará la pretensión desde la perspectiva (i) del principio general de buena fe (que incluye necesariamente la lealtad y la corrección), (ii) del deber secundario de información, que se desprende del anterior y (iii) de la carga de claridad.

⁸⁰ Tribunal Arbitral de TV CABLE S.A. y otros contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y otros. Laudo del 27 de noviembre de 2007. Pág.46.

En buena medida, lo señalado en las consideraciones expuestas por el Tribunal para decidir las pretensiones declarativas principales, servirán para despachar esta pretensión. En esa oportunidad se consignaron las más relevantes consideraciones en relación con los deberes secundarios de conducta y con las cargas de la autonomía privada, consideraciones a las que remite el Tribunal, sin perjuicio de las reiteraciones y ampliaciones que sobre el particular es necesario hacer de cara a la pretensión que se analiza.

Para comenzar quiere el Tribunal reiterar que conviene no confundir los deberes secundarios de conducta con las cargas de la autonomía privada. Se trata de dos categorías conceptuales, que si bien portan características a veces similares, son en realidad diferentes. Especialmente la diversidad de efectos que su inobservancia produce, pone de manifiesto la disimilitud.

Quedó ya explicado que los deberes secundarios, sin constituir obligaciones propiamente dichas, sí suponen o envuelven comportamientos cuya observancia es socialmente esperada, es decir constituyen parámetros de conducta que deben ser atendidos, por lo que su incumplimiento trae consigo un efecto resarcitorio, es decir de responsabilidad civil. Como se explicó, los deberes se integran al haz de conductas que es necesario observar, en virtud del principio de buena fe. (Arts. 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio).

Respecto del tipo de responsabilidad que apareja la inobservancia del específico deber de información, el Tribunal participa de la tesis según la cual el régimen aplicable *"es el relacionado con la responsabilidad contractual, toda vez que una vez se da inicio a esta etapa [se refiere a la fase previa a la celebración del contrato] surge entre las partes el deber de proceder "de buena fe exenta de culpa (...) so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" (artículo 863 del Código de Comercio), por virtud de lo cual surgen deberes jurídicos específicos, en general abstenciones, que dan lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad contractual, pues es sabido que este no depende simplemente de la violación de los términos pactados en un contrato, Sino de la transgresión de un deber jurídico concreto, por cuya virtud se ocasione un daño a la persona que podría exigir el respectivo comportamiento"*.⁸¹

⁸¹ Solarte Rodríguez, Arturo, Op. Cit., pag 311.

Y si el deber de información resulta incumplido en la fase de ejecución del contrato, es apenas obvio que su régimen sea el de responsabilidad civil contractual.

Por su lado, las cargas de la autonomía, según explicó ya el Tribunal, son comportamientos cuyo despliegue se endereza a la consecución del fin práctico pretendido de manera eficaz, fluida y sin tropiezos, pero cuya mera desatención no trae, de suyo, consecuencias resarcitorias. Por lo anterior, la sola inobservancia de las cargas no se inscribe en el ámbito de la responsabilidad civil, sino que se limita a producir consecuencias desfavorables para quien así se comporta. En el caso que se analiza, quedó ya expresado que la desatención de la carga de claridad por parte de la promitente compradora produjo el efecto de la interpretación contra ella del ordinal D) de la cláusula quinta del contrato objeto de este proceso.

En el artículo 871 del Código de Comercio, en forma armónica con lo establecido en el artículo 1603 del Código Civil, se dispone que *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."*

Quedó ya señalado que del contenido obligatorio (función integradora) de la buena fe que señala la ley, se han derivado los ya referidos deberes secundarios o complementarios de conducta, los cuales o se adicionan a lo expresamente pactado por los contratantes, o trazan pautas acerca de la forma de cumplir con las obligaciones que libremente han estipulado o que la ley establece para el respectivo negocio jurídico; todo ello con el objetivo consistente en proteger y realizar los intereses contractuales de las partes contratantes⁸². En ese orden de ideas, tanto en la etapa de celebración como durante la ejecución del negocio jurídico uno de los deberes secundarios que surge de la cláusula general de buena fe es el deber de información, que consiste en dar noticia o transmitirle a la contraparte todas las circunstancias, situaciones o cualidades de las que tenga conocimiento el deudor de dicho deber, que resulten relevantes para que la contraparte tome una decisión, suficientemente informado, en cuanto a celebrar o no un determinado negocio jurídico, o que resulte relevante para la ejecución del mismo⁸³. Y se destaca que este deber de información, por recaer sobre circunstancias significativas para decidir si se

⁸² Cfr. SOLARTE RODRIGUEZ. Ob. Cit.

⁸³ CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. El deber de información contractual y sus límites. Revista de Derecho Privado. No.21, julio-diciembre 2011, págs. 329-330.

celebra o no un contrato, se aplica en la etapa precontractual, confirmando, como lo ha expuesto el Tribunal, que esta no es irrelevante en el caso que nos ocupa.

Advirtió también el Tribunal que el deber de información no solamente debe ser observado en la etapa de celebración sino en la de ejecución del contrato.

*“El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para tal efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección y lealtad. (...). Ya **en la etapa de ejecución del contrato el deber de información subsiste**, aunque su finalidad se modifica, ya que el propósito del mismo será complementar a los deberes de prestación para que los mismos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el acreedor”* ⁸⁴ (resalta el Tribunal).

Así mismo, si una de las partes contratantes tiene un conocimiento especializado, o es experta en una determinada actividad u oficio, o está en una situación de hecho que le permite contar con una información relevante para la celebración y ejecución del respectivo negocio jurídico, dicha parte tiene el deber de informar suficiente y oportunamente a su contraparte, de manera efectiva y sustancial, no puramente formal, sobre aquellos aspectos técnicos o especializados que incidan en la celebración y ejecución del negocio jurídico.

Así las cosas, y conforme con lo ya expuesto por el Tribunal al pronunciarse sobre la validez del contrato de promesa y precisar la interpretación de la condición del ordinal D) de la cláusula quinta, en el presente caso el Tribunal advierte que el promitente comprador, incumplió su deber de información frente a los Convocantes, pues a pesar de tener el conocimiento especializado en relación con la ejecución del proyecto minero Cañaverales, no les comunicó lo atinente a cuáles eran los *‘predios necesarios para la ejecución del proyecto minero cañaverales’*, lo que acarreó, además, la constatada falta de explicación de la estipulación, todo lo cual causó la ambigüedad de dicho ordinal.

Ahora bien, la aludida falta de información en la fase de celebración del contrato se mantuvo durante la ejecución del mismo. En efecto, al despachar las pretensiones declarativas principales el Tribunal se pronunció respecto de la solicitud que elevaran los

⁸⁴ SOLARTE RODRIGUEZ, Ob. Cit. Pág. 308

Convocantes a la promitente compradora con el objeto de fijar una fecha cierta para el otorgamiento de la escritura pública de venta y de la respuesta dada que se limitó a afirmar que la condición D) de la cláusula quinta estaba pendiente, sin que se haya demostrado una información clara y precisa sobre la materia.

Observa el Tribunal que la Convocada no acreditó que durante la ejecución del contrato la tantas veces mencionada falta de información sobre los predios que era necesario adquirir, se hubiera superado. Por el contrario, obra en el expediente demostración de que ante las solicitudes de comunicación que los promitentes vendedores intentaron con la promitente compradora, ella, guardó silencio. Incluso un testigo aseguró que tal silencio obedeció a razones de "confidencialidad".

Como lo hizo ver la parte Convocante, los testigos Lina Patiño y Carlos Mantilla así lo sostuvieron:

*"DRA. PATIÑO: Pues evidentemente (los Promitentes Compradores) preguntaban mucho, pero es un tema cuando una negociación está andando pues es claro que **a terceros no se les da información independientemente de que tuviéramos una relación contractual** (resalta el Tribunal), la relación estaba siendo honrada no había un incumplimiento de parte de CCX entonces sí claro preguntaban mucho que si estaban comprando, que si estaban vendiendo, que qué estaba pasando, pero el manejo era muy claro, muy decente pero era un tema absolutamente confidencial..."⁸⁵*

*"SR. MANTILLA: (...) por supuesto que además de que había mucha confidencialidad nosotros **no podíamos decir mucha información** (resalta el Tribunal) porque todo tenía que ser canalizado, vía Brasil y vía su matriz que al estar en bolsa en Brasil tenía deberes muy estrictos de reportar todo.*

*"Yo no podía reunirme ni hacer cosas que no fueran digamos en línea con lo que estaba pasando en Brasil, entonces la información si había dificultad **yo no podía sentarme a contarle a la familia Echeverry** (resalta el Tribunal) todo los por menores del*

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 48, minutos: 39:13 a 39:40.

*Tribunal de arbitramento, ni de las negociaciones yo solamente tenía que decirles que el contrato se va a ceder porque esto lo va a comprar YCCX...*⁸⁶

*"SR. MANTILLA: Si, como les señalé antes, en la comunicación era bastante limitada, **no solo por temas de confidencialidad** (resalta el Tribunal) con la casa matriz brasileira, sino pues por la misma situación del Tribunal de Arbitramento, pero si recuerdo que, no sé si ya determinado el Tribunal, pero si tuve comunicaciones con el doctor Sebastián Ulchur, quien estaba haciéndole seguimiento al estado de la promesa de compraventa y si recuerdo que le manifesté, palabras más, palabras menos, lo que le señalé en una respuesta anterior."*⁸⁷

Entiende el Tribunal que determinada información -la relacionada con la ejecución del contrato- puede ser confidencial frente a terceros; pero los Convocantes no eran terceros. Eran y son contrapartes negociales con intereses legítimos que no pueden ser marginados sin lesionar el principio de celebración y ejecución de buena fe.

Queda entonces claro para el Tribunal que durante la ejecución del contrato hubo comportamientos por parte de la promitente compradora contrarios al deber de información que en virtud del principio de buena fe corresponde observar, todo en relación con el punto central debatido respecto de los inmuebles que debían adquirirse a efectos del desarrollo del proyecto Cañaverales.

Sobre el tema de la carga de claridad, considera el Tribunal que lo ya afirmado al tratar las pretensiones declarativas principales es suficiente para constatar que la promitente compradora, omitió dar las explicaciones necesarias a propósito de la condición D) de la cláusula quinta del contrato de promesa, lo que generó, junto con la falta de información, la ambigüedad de dicha condición, asunto suficientemente tratado ya. Sin embargo, insiste el Tribunal que ve en el comportamiento de claridad una verdadera carga, más que un deber secundario.

En consecuencia, por las razones expuestas, está llamada a prosperar la sexta pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes, con el alcance y acotación conceptual señalado por el Tribunal en estas consideraciones.

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 13:20 a 14:00.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5 – CD Folio 33, minutos: 39:39 a 40:19.

6.5 La séptima pretensión declarativa común y su subsidiaria se plantearon en los siguientes términos:

Séptima. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de su posición dominante en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Pretensión Subsidiaria a la Séptima Pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes. Que se declare que la Promitente Compradora abusó de sus derechos en la ejecución del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 y sus dos Otrosíes.

Para comenzar el estudio de la pretensión debe reconocer el Tribunal, como se desprende las consideraciones expuestas para despachar la primera pretensión declarativa principal, que la promitente compradora tuvo posición dominante respecto de los acá Convocantes (promitentes vendedores) en el marco de la relación jurídica formalizada a través de un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble para ser utilizado en un proyecto carbonífero por parte de la primera. El hecho, que quedó demostrado, consistente en haber diseñado, extendido y dictado el 98% de los contenidos negociales, como lo afirmó el entonces asesor jurídico de la promitente compradora, es muestra inequívoca de esta conclusión.

Adicionalmente encuentra el Tribunal que el conocimiento que tenía la promitente compradora respecto del proyecto carbonífero Cañaverales, la ubicaba en una posición técnico-jurídica claramente diferente a la que tenían los promitentes vendedores. Estos últimos desconocían, y no está probado que debieran conocer, cómo estaba integrado el proyecto minero Cañaverales -y sus pormenores jurídicos y técnicos- para el cual se pretendía adquirir el inmueble prometido en venta, a diferencia de la promitente compradora, experimentada empresa de este sector económico que tramitó todas las gestiones relacionadas con dicho proyecto. Así, la incidencia que una empresa minera puede ejercer en un contrato de promesa de compraventa de un inmueble para ser integrado a su propio proyecto minero, será significativamente diferente a la que pueda tener su contraparte, en especial si ella es ajena a esta área de conocimiento técnico y comercial.

Con todo, enfatiza el Tribunal que la posición dominante contractual no es *per se* reprochable. Se trata de una circunstancia de hecho que no puede ser precalificada de manera negativa. Lo reprochable será el abuso de esa posición.

Bajo esta premisa, el Tribunal examinará las pretensiones que se comentan no sin antes advertir que aunque en ellas los Convocantes aluden al abuso de posición dominante contractual y al abuso de los derechos en la **ejecución** del contrato, en su alegato de conclusión hay mención explícita a un supuesto abuso "mediante la **introducción de cláusulas** oscuras" lo que sitúa el asunto en la fase precontractual o de celebración del negocio.

Se expresó de la siguiente manera la parte Convocante en sus alegaciones finales:

"En el presente caso, la parte convocada es claro que la Promitente Compradora ostenta posición de dominio contractual tanto en la negociación de la Promesa, al disponer y dictar sus términos y condiciones, como en el control de la ejecución de las condiciones del contrato. Además, se ha evidenciado que se ha aprovechado de dicha posición de dominio, abusivamente, en primer lugar, mediante la introducción de cláusulas oscuras que imposibilitan la consecución de los intereses de los Promitentes Vendedores y, por otro lado, por la ejecución de la Promesa, manteniendo en vilo el cumplimiento de las condiciones por años, en perjuicio de mis representados. Por lo tanto, es necesario no solo reconocer el mencionado abuso de la posición dominante, sino declarar procedente la consecuencia indemnizatoria que de dicha situación se desprende."

Resulta claro para el Tribunal que los Convocantes en este frente del debate insisten en el comportamiento que juzgan anómalo de parte de la promitente compradora para derivar con base en ello su aspiración a que se despachen favorablemente la pretensión séptima declarativa común o su subsidiaria.

Para abordar el tema en orden cronológico, debe el Tribunal comenzar afirmando que no ha encontrado demostrado abuso alguno en la preparación y diseño del contrato de promesa objeto de este proceso. El ordinal D) de la cláusula quinta, único fragmento contractual puesto en entredicho por la parte Convocante, si bien fue encontrado ambiguo por el Tribunal, según quedó suficientemente explicado, no contiene desequilibrio significativo, ni favorecimiento desproporcionado, injustificado e irrazonable en beneficio del predisponente.

El Tribunal encontró **ambigüedad** en la estipulación, concepto no coincidente con el de **abuso**, razón por la cual se descarta la configuración de abuso de posición dominante o de ejercicio abusivo de los derechos en la fase precontractual por parte de la promitente compradora.

Ahora, en relación con la ejecución del contrato, considera el Tribunal que no se han demostrado los elementos configurativos de abuso de posición dominante o de derechos.

Para explicar el punto encuentra oportuno el Tribunal poner de presente, como lo ha hecho la jurisprudencia, que para que pueda configurarse una situación de abuso, como figura autónoma, es necesario partir de la existencia de un derecho o, en general, de "conductas protegidas por el derecho". Son esos derechos o esas conductas protegidas las que pueden eventualmente ejercerse de manera abusiva.

La propia cita jurisprudencial traída a líneas por la parte Convocante en sus alegatos de cierre es nítida al respecto:

*"Así, pues, es preciso destacar que aquellas **actividades protegidas por el derecho** que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.*

*"Y un ejemplo sin duda persuasivo de **esa clase de comportamientos irregulares**, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación..." (Casación del 19 de Octubre de 1994). (resalta el Tribunal)*

Lo anterior, es sostenido de forma unánime por la doctrina:

Sobre abuso del derecho Jaramillo Jaramillo al señalar los presupuestos esenciales de la figura afirma:

"En primer lugar, en atención a la raíz del vocablo 'abuso del derecho', se tiene entonces establecido que es menester que exista un derecho, prerrogativa o facultad ex ante radicado en cabeza del que lo usa o emplea (creando una apariencia de legitimidad), pues quien no lo tiene, quien a priori no lo registra -o ubica- en su círculo de intereses, en sentido lato (titular), no puede abusar de él, por sustracción de materia. De ahí que, en rigor, se suela distinguir entre abuso del derecho, o si se prefiere entre el ejercicio abusivo de un derecho, y el actuar ilegal, que no necesariamente demanda la preexistencia de un derecho (titularidad intrínseca, y proyección extrínseca), sino la presencia de una conducta transgresora y desafiante del ordenamiento legal (ilícita), que es cosa diferente".⁸⁸

Frente al caso que se juzga considera el Tribunal que no están acreditadas "actividades protegidas por el derecho" que se hayan ejecutado disfuncionalmente o de manera anómala, ni la existencia de derechos que se hayan ejercido de forma contraria a su finalidad. Lo que ha constatado el Tribunal ha sido la inobservancia del deber secundario de información -emanado del principio de buena fe-, antes y durante la celebración del contrato, y particularmente después de que los promitentes vendedores manifestaran a la promitente compradora sus inquietudes y reparos ante la indefinición en materia de adquisición de inmuebles para el proyecto.

Por otro lado, debe recordar el Tribunal que el comportamiento de la Promitente Compradora, con base en la interpretación que se dio al ordinal D) de la cláusula quinta, abrió paso también a las pretensiones segunda y tercera declarativas principales, sobre incumplimiento de la obligación de dar aviso respecto del acaecimiento de las condiciones. Es decir, el Tribunal declaró que hubo incumplimiento contractual, en este frente, de tal manera que debe descartarse la ejecución anómala o disfuncional de una actividad protegida por el derecho o el ejercicio desviado de su función natural, y con ello la prosperidad de la pretensión séptima y su subsidiaria, que versan sobre abuso de posición dominante y su subsidiaria de abuso del derecho. Otro tanto puede afirmarse en relación con los incumplimientos de los que se ocupará más adelante el Tribunal. En este sentido el Tribunal acogerá la excepción cuarta que la Convocada denominó "AUSENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DE CCX EN LA ESTRUCTURACIÓN, REDACCIÓN,

⁸⁸ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. El 'Abuso del Derecho' y su Proyección en los Ámbitos Sustancial y Procesal Civil. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2019. Pág. 85.

NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE FECHA 9 DE MARZO DE 2001 Y SUS OTROSÍES” y parcialmente la excepción la quinta en cuanto hace a la “AUSENCIA DE (...) ABUSO DEL DERECHO DE BBC COMO CESIONARIA DE CCX EN EL CONTRATO DE PROMESA.”

6.6 La octava pretensión declarativa común se formuló de la siguiente manera:

***Octava.** Que se declare que la Promitente Compradora no ha cumplido con su obligación contractual de pagar todos los servicios públicos e impuestos relacionados con La Esmeralda desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma.*

Para resolver el Tribunal considera:

La obligación a cargo de la promitente compradora de pagar el impuesto predial y los servicios públicos del predio La Esmeralda, se encuentra estipulada en el parágrafo tercero de la cláusula octava del contrato de promesa, parágrafo que fue adicionado en el Otrosí No.1 suscrito el 14 de junio de 2012. Esta obligación a cargo del promitente comprador surgió desde la fecha en que se realizó la entrega material de La Esmeralda, esto es, desde el día 15 de junio de 2012, según consta en el Acta de Visita y Recibo Final⁸⁹ que obra como prueba en el expediente.

Los Convocantes alegan que la Convocada incumplió con el pago del impuesto predial correspondiente a los municipios de San Juan y Fonseca; así mismo, afirman que la Convocada incumplió el pago del servicio público suministrado por Electricaribe S.A. E.S.P. (en adelante “Electricaribe”), y que incumplió con el pago de la tasa por uso de agua a favor de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (en adelante, “Corpoguajira”). Procede entonces el Tribunal a pronunciarse sobre cada uno de los incumplimientos alegados.

6.6.1 Pago del impuesto predial a favor del Municipio de San Juan del César

A partir de los certificados de paz y salvo por concepto de impuesto predial de La Esmeralda que obran en el expediente y que fueron expedidos por la Alcaldía del Municipio

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 87 a 101.

de San Juan durante los años 2016 y 2017⁹⁰, el Tribunal concluye que no se presentó prueba sobre el incumplimiento por parte de la Convocada en relación con su obligación de pagarle al municipio de San Juan el impuesto predial.

En efecto, si bien en la respuesta emitida⁹¹ por la Contaduría General de la Nación consta que la señora Lissett Elena Monterroza Meyer fue reportada al Boletín de Deudores Morosos del Estado por parte del Municipio de San Juan durante los años 2013 y 2014, en dicha respuesta no se especifica la obligación por la que fue reportada, y en este sentido, en ella expresamente se dice que "En cuanto al valor y concepto de la obligación, esta información debe ser solicitada ante la entidad que realizó el correspondiente reporte en el DDME". Por lo anterior, la respuesta emitida por la Contaduría General de la Nación no prueba el incumplimiento alegado por los Convocantes, respecto de la obligación de pagar el impuesto predial de La Esmeralda a favor del Municipio de San Juan.

6.6.2. Pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca

A pesar de los certificados de paz y salvo por concepto de impuesto predial de La Esmeralda, expedidos por el Municipio de Fonseca y que fueron aportados por la Convocada⁹², el Tribunal encuentra que el promitente comprador pagó tardíamente el impuesto predial La Esmeralda durante los años 2011, 2012, 2013, 2015 y 2016; por ello, uno de los promitentes vendedores fue reportado en el Boletín de Deudores Morosos del Estado, como consta en las respuestas emitidas por la Alcaldía del Municipio de Fonseca y por la Contaduría General de la Nación⁹³. Este pago tardío del impuesto predial constituye incumplimiento al contrato de promesa, imputable a la Convocada.

6.6.3 Pago del servicio público de energía eléctrica a favor de Electricaribe

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 253 y 255.

⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 128.

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 3 – Folios 252 y 254.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folios 128, 129, 141 y 142.

En la respuesta emitida por Electricaribe que obra en el expediente⁹⁴, consta que para octubre del año 2017 existía una deuda por concepto del servicio público de energía eléctrica suministrada al predio La Esmeralda, correspondiente a algunos meses de los años 2012, 2016 y 2017, por un valor total de tres millones doscientos noventa y cinco mil novecientos veinte pesos (\$3.295.920) (Este sólo es el valor del servicio, la factura incluye un valor por concepto de intereses moratorios). Al respecto, la Convocada manifestó lo siguiente:

"(...) durante el periodo comprendido entre diciembre de 2015 y enero de 2017, Electricaribe S.A. E.S.P. no emitió ninguna factura con relación a este servicio respecto del predio la Esmeralda.

"No obstante, pese a que en el mes de julio de 2017 de forma irregular Electricaribe S.A. E.S.P. emitió la factura NIC 5606662, por medio de la cual cobraba el servicio público de energía correspondiente al periodo diciembre de 2015 y enero de 2017, BCC objetó la factura en los términos en que lo dispone el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y procedió a su pago"⁹⁵.

En este sentido, la Convocada aportó una copia de la reclamación⁹⁶ que le formuló a Electricaribe por la supuesta factura que fue irregularmente emitida, y también aportó un comprobante de consignación⁹⁷ realizado en marzo de 2018 a favor Electricaribe por valor de un millón quinientos diez mil pesos (\$1.510.000).

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la Convocada ha incumplido su obligación de pagar el servicio público de energía eléctrica, pues el comprobante de pago que aportó no cubre la totalidad del dinero adeudado por concepto de suministro de energía eléctrica al predio La Esmeralda, ni los intereses de mora que ya se han generado en favor de Electricaribe; es decir, la Convocada no demostró en el presente proceso, que ya efectuó el pago de la totalidad de dinero adeudado por este concepto, o que hubiera actuado diligentemente para efectuar dicho pago en forma completa y oportuna, como quiera que el pago de acuerdo con el artículo 1626 del Código Civil, corresponde a la prestación debida. Así mismo, según lo informado por Electricaribe, varios de los recibos que presentan mora no corresponden al periodo comprendido entre diciembre de 2015 y

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 167 a 172.

⁹⁵ Respuesta de la Convocada al hecho No.114 de la Demanda Reformada.

⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folios 256 a 263.

⁹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3 - Folio 264.

enero de 2017, periodo respecto del cual la Convocada alega que Electricaribe no facturó en debida forma la prestación del servicio.

6.6.4 Pago de la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira

Técnicamente el valor que se paga por concepto de tasa por uso de agua no corresponde a un 'servicio público', sino a la prestación económica que surge del contrato de concesión de uso de agua; sin embargo, el Tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 1618 del C.C., no puede desconocer la común intención de las partes contratantes respecto del alcance de lo estipulado en la cláusula octava del contrato de promesa, en el sentido de incluir, dentro de la obligación de pagar los "servicios públicos", la tasa por uso de agua a favor de Corpoguajira. Al respecto, se resalta que la Convocada no negó que está obligada a pagar dicho concepto, pues lo que manifestó es que por la conducta de los Convocantes se encontraba imposibilitada para pagarle a Corpoguajira los valores por concepto de tasa por uso de agua.

A partir de los documentos emitidos por Corpoguajira⁹⁸ en relación con el pago de la tasa de uso de agua en el predio La Esmeralda, está probado que la Convocada no ha efectuado oportunamente el pago a favor de Corpoguajira por dicho concepto. Ahora bien, respecto de la justificación esgrimida por la Convocada consistente en que no realizó el pago de esta obligación porque se encontraba imposibilitada para hacerlo dado que las facturas expedidas por Corpoguajira las recibían los Convocantes, y no la Convocada, y que los Convocantes nunca le remitieron las facturas o siquiera le informaron sobre ellas, el Tribunal no encuentra de recibo esta justificación, pues la Convocada, como deudora de la obligación, tenía la carga de probar que actuó diligentemente con el objetivo de cumplir con el pago a favor de Corpoguajira, carga que no acreditó haber cumplido. Así mismo, la Convocada alega que se encontraba imposibilitada para cumplir; pero como la imposibilidad se configura en aquellos casos en los que el deudor de una obligación no puede cumplir debido a un hecho insuperable ajeno a su voluntad, por ejemplo, un caso fortuito o una fuerza mayor, el Tribunal concluye que el hecho de que las facturas expedidas por Corpoguajira las recibieran los Convocantes y que éstos no se las remitieran a la Convocada, de ninguna manera se puede considerar como un hecho insuperable para la Convocada para cumplir con su obligación. Le bastaba un mínimo de diligencia a la Convocada para conocer el estado de

⁹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folios 114 a 119.

la facturación de esta obligación, por ejemplo, era suficiente con preguntarle a los Convocantes si tenían alguna noticia sobre la facturación de la tasa por uso de agua.

Con base en todo lo expuesto, salvo por lo atinente al pago del impuesto predial de San Juan del Cesar, el Tribunal concluye que está llamada prosperar la Octava pretensión del Grupo de Pretensiones Declarativas. Correlativamente, el Tribunal declarará no probada la excepción NOVENA que denominó "IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DEL DERECHO DE USO DE AGUA POR CAUSA IMPUTABLE EXCLUSIVAMENTE AL PROMITENTE VENDEDOR".

6.7 La novena pretensión declarativa común señala:

Novena. *Que se declare el incumplimiento del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026 por parte de la Promitente Compradora.*

Esta pretensión que de manera genérica busca la declaración de incumplimiento del Contrato de Promesa por parte de la Promitente Compradora, demanda del Tribunal el estudio de adicionales incumplimientos a los ya analizados.

En sus alegatos de conclusión los Convocantes afirmaron:

"En adición a todo lo anterior, y además del incumplimiento principal antes mencionado, [se refiere al incumplimiento de la obligación de dar aviso sobre el cumplimiento de las condiciones a efectos del otorgamiento de la escritura pública de venta y posterior pago del saldo del precio] la Promitente Compradora realizó otra serie de actuaciones y omisiones que por sí mismas constituyen un incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa: (i) incumplió y sigue incumpliendo la obligación del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta de la Promesa; (ii) incumplió y sigue incumpliendo gravemente el principio general de la buena fe y los deberes secundarios de conducta, en especial los de información, claridad, lealtad y corrección; (iii) abusó y sigue abusando de su posición dominante en la ejecución de la Promesa; y (iv) incumplió y sigue incumpliendo con su obligación de pagar todos los servicios e impuesto predial de La Esmeralda."

Se observa con facilidad que los incumplimientos señalados en los ordinales (ii) a (iv) del párrafo transcrito, han sido objeto ya de pronunciamiento de parte del Tribunal, razón por la cual, no es necesario volver sobre ellos.

Resta solamente el análisis del supuesto incumplimiento indicado en el ordinal (I) precedente relativo a la obligación pactada en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato de promesa según la cual, *"LA PROMITENTE COMPRADORA se compromete a iniciar las actividades condicionantes antes descritas, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la suscripción del presente CONTRATO"*. Tales *"actividades condicionantes"* no eran otras que las necesarias para que pudiesen llegarse a cumplir las condiciones previstas en los ordinales A) a D), las cuales, como se recordará, se pactaron con el propósito de subordinar el otorgamiento de la escritura pública de venta al acaecimiento de los hechos allí estipulados, es decir (A) que los promitentes compradores midieran topográficamente el inmueble objeto de la promesa; (B) que los promitentes vendedores fueran verificados por parte de los promitentes compradores bajo las normas SARLAFT; (C) que la autoridad administrativa competente emitiera la licencia ambiental al futuro proyecto minero denominado "Cañaverales"; y (D) que la promitente compradora adquiriera la totalidad de los derechos reales de los predios necesarios para la ejecución de dicho proyecto.

Con fundamento en lo que hasta ahora ha considerado el Tribunal Arbitral, se desprende que esta pretensión, en lo que se refiere al supuesto incumplimiento de la obligación contenida en el parágrafo segundo de la cláusula quinta (*"iniciar las actividades condicionantes"*), no está llamada a prosperar, toda vez que todos los referidos hechos condicionantes están cumplidos. Por consiguiente, mal se podría afirmar esto y al mismo tiempo considerar que no se han iniciado las actividades necesarias para el acaecimiento de las condiciones.

Así lo entiende la parte Convocante, quien en sus alegaciones finales sostuvo que *"... esto nos debe llevar a concluir una de dos circunstancias: o que efectivamente todos los predios necesarios para la ejecución del proyecto Cañaverales ya han sido adquiridos, como afirmamos nosotros y hemos explicado anteriormente, o que no se han adquirido pero la Promitente Compradora incumplió la obligación del Parágrafo Segundo de la Cláusula Quinta de la Promesa, ya que no ha adquirido ningún predio adicional en más de 7 años."*

Como el Tribunal ha considerado que efectivamente todos los predios necesarios para la ejecución del proyecto Cañaverales ya han sido adquiridos, por las razones suficientemente explicadas, tiene que concluir, *a fortiori*, que esa obligación no fue incumplida.

Así las cosas, y dado que esta pretensión prosperará en relación con los incumplimientos que han quedado demostrados, se declarará no probada la excepción OCTAVA denominada "INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA".

Para terminar, y en relación con el frente del incumplimiento contractual, es consciente el Tribunal de que la consideración No. 7 del otrosí No. 1 del Contrato de Promesa señaló que para la fecha de su suscripción (14 de junio de 2012) la Promitente Compradora había cumplido sus obligaciones. Con todo, dicha consideración -incluida en documento que se demostró fue extendido o dictado por aquella y en el marco de modificaciones relativas específicamente a la obligación de saneamiento y a las condiciones de entrega material del inmueble prometido en venta, no es suficiente para modificar las conclusiones del Tribunal, en la medida en que en el proceso resultaron acreditados los incumplimientos a los que se ha hecho alusión.

6.8 La décima y última de las pretensiones declarativas comunes se formuló de la siguiente manera:

***Décima.** Que se declare que los incumplimientos atribuibles a la Promitente Compradora han generado perjuicios para los Promitentes Vendedores y la Promitente Compradora debe indemnizar dichos perjuicios.*

Dos asuntos debe abordar el Tribunal para decidir esta pretensión. De un lado, la causación de los perjuicios por los incumplimientos que se han identificado y de otro la declaración, en general, que se busca en relación con la indemnización de tales perjuicios.

Para comenzar es necesario recordar que el Tribunal ha encontrado incumplimientos en relación con:

- La obligación de notificar a los promitentes vendedores el cumplimiento de las condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa. Este incumplimiento, como quedó explicado, generó la falta de otorgamiento de la escritura pública de venta, lo que, a su turno incidió en la falta de registro de tal instrumento, de lo cual, junto con la expedición del certificado del correspondiente certificado de libertad, impidió el surgimiento de la obligación de pagar el saldo del precio de la compraventa prometida.

- El principio de buena fe, en tanto se inobservó el deber de información tanto en la etapa preparatoria del contrato como en la de ejecución del mismo.
- El pago de impuesto predial y de servicios públicos.

Ahora bien, una cosa es el incumplimiento propiamente dicho y otra la causación de perjuicios y demás requisitos necesarios para la prosperidad de pretensiones indemnizatorias. En este proceso, acaso porque la Convocante ha circunscrito sus aspiraciones resarcitorias a intereses moratorios sobre el saldo del precio de la compraventa y a la cláusula penal -eventos que de conformidad con la ley no requieren de la demostración y cuantificación de perjuicios de conformidad con la disposición contenida en los artículos 1617, ordinal 2º y 1599 del Código Civil- no encuentra el Tribunal demostrada la causación específica de unos determinados perjuicios.

Como se hará notar a continuación, al abordar las pretensiones de condena, no es viable la pretensión de cobro de intereses moratorios sobre el saldo del precio de la compraventa; y la cláusula penal, por haber sido pactada en su función de apremio y no como tasación anticipada de los perjuicios, no puede admitirse como base de pedimento indemnizatorio. Como se explicará, el Tribunal accederá a la pretensión relativa a la cláusula penal, con reducción en su monto en atención a que está demostrado el cumplimiento parcial del contrato de promesa, con la aclaración de que su valor no tiene función indemnizatoria.

Por lo anterior, entiende el Tribunal que no puede abrirse paso esta pretensión habida consideración de la manera como fue estipulada la cláusula penal y a la improcedencia de los intereses moratorios.

7. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA

7.1 Primera pretensión de condena

Esta pretensión está planteada en la reforma de la demanda en los siguientes términos:

"Primera. Que se ordene a BCC a comparecer a la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá a las 10:00 a.m. del quinto día hábil siguiente de la fecha del laudo para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre el Predio, o en la fecha que lo estime conveniente el Tribunal."

El Tribunal Arbitral despachará favorablemente la primera pretensión de condena, en la medida en que se ha constatado, en los términos que preceden, que las cuatro condiciones pactadas en la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa se han consumado. A la situación anterior se suma que las partes, concretamente en la cláusula séptima del contrato de promesa de compraventa, se obligaron a suscribir la Escritura Pública de Compraventa *"el quinto (5º) día hábil siguiente a la fecha en que la PROMITENTE COMPRADORA notifique por escrito a LOS PROMITENTES VENDEDORES que se han cumplido las condiciones previstas en la cláusula Quinta"*.

En la medida en que la notificación antes referida se entiende surtida mediante el presente laudo, y toda vez que es viable que luego de éste emitirse se presenten solicitudes de corrección y aclaración de dicha providencia; con el propósito de brindar certeza a las partes sobre la fecha en la que se debe perfeccionar el contrato de compraventa del inmueble denominado La Esmeralda y de las mejoras sobre el denominado "Predio", se procederá a fijar el **7 de noviembre de 2019 a las 10:00 a.m.** como momento para suscribir dicha Escritura Pública en la Notaria Treinta y Uno del Círculo de Bogotá.

7.2 Segunda pretensión de condena

La Convocante formuló la segunda pretensión de condena de la siguiente manera:

***"Segunda.** Que se condene a BCC al pago de la última parte del precio pactado en el contrato de promesa de compraventa, de MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00) de la siguiente manera: OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes a la señora GLORIA LUCÍA ECHEVERRY LACOUTURE. OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS (\$814.142.306,25), correspondientes al señor JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE. DOSCIENTOS TREINTA DOS MILLONES SEISCIENTOS DICE MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$232.612.087,50) correspondientes a la señora LISSET MONTERROZA MEYER."*

El Tribunal Arbitral, con la acotación temporal que más adelante se indica, accederá a la segunda pretensión de condena toda vez que, como se anticipó, las condiciones pactadas por las partes para la celebración del contrato de promesa ya se cumplieron, quedando

obligadas a suscribir la correspondiente Escritura Pública de Compraventa en los términos señalados por el presente laudo; sin embargo, tal y como se pactó en el ordinal d) de la cláusula cuarta, modificada por el Otrosí No. 2 suscrito el 21 de noviembre de 2012, el saldo equivalente a MIL OCHOCIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS SETECIENTOS PESOS (\$1.860.896.700,00), *"será pagado dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en la que se haya firmado la escritura pública de compraventa y se haya expedido el Folio de Matricula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la PROMITENTE COMPRADORA"* (resaltado del Tribunal).

Como se puede entonces constatar, en virtud de la evidente voluntad de las partes, en el contrato de promesa celebrado entre ellas se estipularon de forma copulativa dos condiciones para que naciera la obligación de pagar la última cuota del precio de la compraventa prometida, a saber: (i) la suscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa (título), que ha sido fijada por el Tribunal para el **7 de noviembre de 2019**; y (ii) la expedición del *"Folio de Matricula Inmobiliaria donde conste el derecho que adquiere la PROMITENTE COMPRADORA"*, es decir, la inscripción de dicho título ante la correspondiente oficina de instrumentos públicos (modo).

Debido a que a la fecha de expedición del presente laudo no se han cumplido las referidas condiciones y, en consecuencia, aún no ha nacido la obligación de pagar la última cuota del precio, el Tribunal Arbitral condenará a la Convocada a pagar dicho saldo del precio, conforme a lo pactado por las partes en el ordinal 'd)' de la cláusula cuarta, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al cumplimiento de las dos condiciones anteriormente citadas y descritas.

7.3 Tercera pretensión de condena

La tercera pretensión de condena fue planteada así:

***"Tercera.** Que se condene a BCC al pago de los intereses moratorios sobre el capital adeudado a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago."*

Además del reparo planteado por la Convocada en relación con la imposibilidad de cobro simultáneo de intereses y de cláusula penal, lo que condujo a las Convocantes en su

alegato de conclusión a señalar de manera explícita su intención de optar por la pena, el Tribunal Arbitral quiere dejar en claro que de cualquier manera no podría acceder a la tercera pretensión de condena debido a lo ya dicho en relación con la obligación de pago del último saldo del precio. En este sentido, como tal obligación aún no ha nacido y, en consecuencia, no es exigible, es imposible condenar a la promitente compradora al pago de intereses moratorios sobre una suma de dinero que aún no está obligada a pagar.

Como ya se ha explicado, la última cuota del precio a cargo de la promitente compradora se causará luego de verificar las dos condiciones establecidas por las partes en la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa; es decir, dentro de los treinta (30) días calendario luego de haberse suscrito la escritura pública de compraventa y de obtener el correspondiente certificado de libertad y tradición en donde se dé cuenta de la transferencia del derecho real de propiedad a favor de la promitente compradora.

Por las anteriores razones no prosperará esta pretensión de condena.

7.4 Cuarta Pretensión de Condena

Mediante la cuarta pretensión de condena la Convocante solicitó lo siguiente:

"Cuarta. Que se condene a BCC al pago correspondiente a la cláusula penal del Contrato de Promesa No. FS0019-SJ0026, por valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000,00) y a los intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda arbitral inicial (reconvención judicial) hasta su fecha efectiva de pago."

Procede el Tribunal Arbitral a examinar la aplicación en la presente controversia de la cláusula penal acordada por las partes en el contrato de promesa, cuyo tenor señala:

"NOVENA. SANCIÓN PECUNIARIA. El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones pactadas en este documento hará que la parte incumplida pague a la cumplida una suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.000.000.000 M/CTE); para el cobro de la misma bastará con una prueba sumaria del incumplimiento y no será necesario requerimiento alguno. En ningún caso, el pago de la suma pactada liberará a la parte que la deba pagar del cumplimiento de sus obligaciones".

Respecto del alcance de la cláusula penal pactada por las partes es importante resaltar dos aspectos: (i) las partes acordaron expresamente que el pago de la pena no extingue las obligaciones incumplidas, es decir, y conforme con lo dispuesto en el artículo 1594 del C.C., aplicable a este contrato comercial en virtud de la remisión prevista en el artículo 822 del C.Co., con base en la cláusula penal estipulada en la promesa es posible demandar simultáneamente el pago de la pena y el cumplimiento de las obligaciones incumplidas; y (ii) resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 1600 del C.C. consistente en no poder demandar simultáneamente el pago de la pena y la indemnización de perjuicios, pues de la literalidad de la cláusula penal pactada por las partes no se desprende dicha posibilidad, como lo exige el referido artículo. Sobre este segundo punto, según quedó dicho, en sus alegatos de conclusión los Convocantes indicaron expresamente su intención de optar por la pena y no por la indemnización de perjuicios⁹⁹, manifestación que el Tribunal Arbitral considera acorde con lo dispuesto en el artículo 1600 del C.C., esto es, que "(...) *siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena*".

Sobre la naturaleza de la cláusula penal objeto de estudio, concluye el Tribunal que ella no fue pactada como tasación o cuantificación anticipada de los perjuicios, sino en la modalidad conocida por la doctrina como de apremio.

El Tribunal hace suyas las palabras de Ospina Fernández sobre el particular:

*"Por tanto, en estas hipótesis [se refiere a las previstas en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil] la pena no reemplaza ni a la obligación principal ni a su indemnización compensatoria, (...). De suerte que si la satisfacción de la pena deja a salvo la obligación principal, o la indemnización de perjuicios, o ambas, dicha pena asume exclusivamente el carácter de un apremio al deudor..."*¹⁰⁰

⁹⁹ "Para los efectos del artículo 1600 del Código Civil según el cual siempre estará al arbitrio del acreedor decidir si pide la indemnización o la pena, dejamos claro que decidimos la Cláusula Penal, como bien nos lo permite la ley, por lo tanto no son procedentes los reproches de la Demandada frente a la improcedencia de la Cláusula Penal, ya que no es una decisión que le corresponde a la Demandada sino a los reclamantes". "Siendo que el artículo no limita la posibilidad para realizar dicha escogencia, sino que establece que podrá hacerlo siempre, en el evento que el Tribunal considere que efectivamente se estaría pidiendo a la vez la pena y la indemnización, expresamente manifestamos que decidimos pedir la pena, esto es, la Cláusula Penal". Alegatos de conclusión de los Convocantes, páginas 62, 63 y 71.

¹⁰⁰ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Reimpresión de la 4ª edición. Temis, Bogotá, Pág. 156.

El carácter de cláusula penal estipulada en función de apremio es claro pues en el caso bajo examen, como a continuación se explica, ciertamente la parte final de la cláusula novena del contrato de promesa dispone que *"en ningún caso, el pago de la suma pactada liberará a la parte que la deba pagar del cumplimiento de sus obligaciones"*. Por manera que en la medida en que las partes entendieron que por el pago de la pena no se entenderían extinguidas las obligaciones contractuales, es claro que no mediaba en su estipulación una tasación anticipada de perjuicios, - ya que tal supuesto habría significado la posibilidad de un cobro doble: las obligaciones principales y su indemnización compensatoria- sino con el carácter de apremio en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en el artículo 867 del C.Co., que regula la cláusula penal en materia mercantil, se dispone lo siguiente:

"Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

"Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

"Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

Puede apreciarse claramente que en este aspecto el texto legal que acaba de citarse no constituye excepción o norma especial frente a los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, por lo que la conclusión acerca de la naturaleza de la cláusula penal pactada no sufre alteración ninguna.

Independientemente de la naturaleza de la cláusula penal, ella es susceptible de reducción si se dan los supuestos señalados en el artículo 867 del Código de Comercio. Por lo que procede a continuación el Tribunal a plantear sus consideraciones, basadas en dicha norma, para encontrar de recibo el planteamiento hecho por la Convocada en sus alegaciones finales en el sentido de que la cláusula penal debe ser reducida; ello en la medida en que, de una parte, no todas las obligaciones cuyo incumplimiento se constató son determinadas o determinables en una suma cierta de dinero, y de otra, según ha

quedado suficientemente explicado arriba, en el presente caso no se está en presencia de un incumplimiento total. Así pues, por haberse constatado que las obligaciones derivadas del contrato de promesa fueron ciertamente cumplidas en parte, resulta procedente la reducción permitida por la ley.

Para el efecto, el Tribunal Arbitral plantea las siguientes consideraciones respecto de los incumplimientos del contrato de promesa por la Convocante que dan lugar a la aplicación de la cláusula penal, a saber: el incumplimiento del deber de información en los términos expuestos al despachar las pretensiones declarativas; el incumplimiento de la obligación de notificar por escrito el cumplimiento de las condiciones de la cláusula quinta, lo que desencadenó la falta de otorgamiento de la escritura pública de venta y posterior registro y que a su vez incidió en el no pago del saldo del precio; y el incumplimiento de la obligación de pagar el impuesto predial y los servicios públicos del predio La Esmeralda.

En cuanto los dos primeros incumplimientos, asuntos que para el Tribunal Arbitral conforman un mismo núcleo temático, se considera que aunque ellos, en sí mismos considerados, no son determinables en una suma cierta de dinero, fueron decisivos para el no perfeccionamiento oportuno del contrato prometido, lo que finalmente desembocó en la falta de pago del saldo insoluto de su precio. En este orden de ideas, conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 867 del C.Co., el Tribunal Arbitral considera que desde el punto de vista económico, el interés asociado al cumplimiento de estas obligaciones coincide con el valor de dicho saldo -que constituye un punto de referencia objetivo y razonable- puesto que, según quedó demostrado, los promitentes vendedores ya recibieron, y en forma oportuna, el pago de doce mil ochocientos sesenta y un millones de pesos (\$12.861.000.000) que equivalen aproximadamente al ochenta y siete por ciento (87%) del valor total del precio de la venta prometida.

En cuanto hace al incumplimiento en el pago de los servicios públicos, y según lo probado en el proceso, el monto de las prestaciones incumplidas asciende a la suma de \$5.205.298 que corresponde a un millón setecientos ochenta y cinco mil novecientos veinte pesos (\$1.785.920) por concepto del servicio público de energía eléctrica, y a tres millones cuatrocientos diecinueve mil trescientos setenta y ocho pesos (\$3.419.378)¹⁰¹ por concepto de la tasa por uso de agua (estos valores no incluyen los intereses moratorios causados en favor de Electricaribe y Corpoguajira). En consecuencia, en relación con el incumplimiento de esta obligación y conforme a lo dispuesto en el segundo inciso del

¹⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 4 - Folio 114.

citado artículo 867 del C.Co., la suma de estos dos valores será la que se tome en cuenta para efectos de la graduación del apremio. Respecto del pago del impuesto predial a favor del Municipio de Fonseca, lo cierto es que se acreditó el pago, así fuera tardío, razón por la cual no se incluye en la determinación del monto de la pena derivada de la cláusula novena del contrato de promesa.

Por lo anterior, y con base en las reglas previstas en el mencionado artículo 867 del C.Co., el Tribunal considera que aplicar la totalidad del monto de la cláusula penal pactada, esto es, cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), resulta manifiestamente excesivo. Por tanto, con apoyo en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta el interés de los Convocantes respecto de la fracción aún no cumplida del Contrato de Promesa, el Tribunal reducirá la cláusula penal a una cifra que se puede estimar en el valor de la última cuota del precio pactado por las partes, esto es, la suma de mil ochocientos sesenta millones ochocientos noventa y seis mil setecientos pesos (\$1.860.896.700), y en el aludido valor de impuestos y servicios públicos (\$5.205.298). Por tanto, se condenará al pago, a título de cláusula penal, de la suma de \$1.866.101.998, con lo que prospera parcialmente la pretensión cuarta de condena y se declarará no probada la excepción décima denominada "IMPROCEDENCIA DE EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL".

Ahora bien, respecto del reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor de la cláusula penal, que para tales efectos es el capital o principal, el Tribunal lo considera de recibo, y al respecto resalta el planteamiento expuesto por Aída Kemelmajer de Carlucci que a continuación en aparte pertinente transcribe:

"Se trata de resolver si producida la mora de pagar una cláusula penal que tenga por objeto dar sumas de dinero, ésta devenga intereses. Si la cláusula es compensatoria, no abrigamos ninguna duda sobre la procedencia de los intereses sobre la suma adeudada. En contra de esta posición podría sostenerse que ella viola el principio de inmutabilidad de la pena previsto en el art. 655, porque en definitiva el acreedor estaría percibiendo más de la indemnización tarifada. A tal argumento cabe contestar que los intereses moratorios no resarcan en este caso el incumplimiento de la obligación principal (que es lo que la cláusula prevé), sino la demora en el pago de la cláusula. Ya hemos expuesto que, producido el incumplimiento, la pena adquiere cierta vida independiente. El deudor es, si se nos permite la expresión, incumplidor por "partida doble": al incumplir la principal debe la pena (si el acreedor optó por ésta); pero además debe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la pena, que están

representados por los intereses que la suma pactada ha devengado. Dicho de otra manera: los intereses no resarcen el incumplimiento de la principal, sino el cumplimiento tardío de la cláusula penal. (...) Aun a riesgo de resultar reiterativos, insistimos en que, incumplida la cláusula penal y estando en mora en su obligación de pagarla, el deudor asume todos los riesgos de la contratación, debiendo indemnizar – evidentemente– al acreedor por la demora en el pago de la accesoria (ya sea que el acreedor haya optado por ella o la haya acumulado a la principal por previsión contractual). En tal sentido se ha resuelto que procede disponer el pago de los intereses desde la interposición de la demanda sobre la suma que se fijó como pena por violación del contrato.

"Las penas moratorias, en cambio, provocan algunas dudas. Si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, deben regir los mismos principios expuestos en el punto anterior. Ningún inconveniente legal existe en que éstas devenguen intereses. Por ej., la vendedora se ha obligado a entregar la cosa enajenada en el término de 30 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace pagará una pena de \$100 diarios por cada día de demora. No existen razones ni legales ni morales para eximir al vendedor incumplimiento de los intereses correspondientes a los \$100 diarios. En efecto, la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe reeditar intereses por todo el tiempo que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar en tiempo oportuno. El argumento de la inmutabilidad de la pena se contesta con las mismas réplicas efectuadas al tratar la cláusula compensatoria."¹⁰²

El Tribunal comparte las consideraciones que se han citado las cuales, con fundamento en los artículos 1595 y 1608 del Código Civil y 94 del Código General del Proceso son de recibo en el derecho colombiano en lo que se refiere a intereses moratorios por el no pago de la cláusula penal dineraria independientemente de si es indemnizatoria o simplemente punitiva, o de apremio, pues es procedente desde la constitución en mora de su deudor.

Con base en todo lo expuesto, el Tribunal resolverá que se ha hecho exigible la así llamada por las partes sanción pecuniaria, y en consecuencia, declarará que prospera parcialmente la CUARTA pretensión de condena, por lo que se condenará a la Convocada a pagar la suma de \$1.866.101.998, más los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima legal,

¹⁰² Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Cláusula Penal. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1981. Págs. 240 a 242.

Tribunal Arbitral de
Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture
 contra
Best Coal Company S.A.S.

que se han causado desde el cinco (5) de febrero de 2018, fecha de notificación del auto No. 3 admisorio de la demanda inicial, de acuerdo con el siguiente cuadro:

| | | Interes Anual Efectivo | | | | | | | |
|---------|----------|------------------------|----------|-----------|-------------|---------------|------------|-------------|---------|
| | | | | No. Resol | Interes Cte | Interés de | | | Interés |
| Período | | No. de | Super ba | Bancario | mora | Capital | Intereses | Acumulado | |
| Inicio | Final | días | | | | | | | |
| 5/02/18 | 28/02/18 | 24 | 131 | 21,01% | 31,52% | 1.866.101.998 | 33.919.044 | 33.919.044 | |
| 1/03/18 | 31/03/18 | 31 | 259 | 20,68% | 31,02% | 1.866.101.998 | 43.316.109 | 77.235.153 | |
| 1/04/18 | 30/04/18 | 30 | 398 | 20,48% | 30,72% | 1.866.101.998 | 41.543.787 | 118.778.939 | |
| 1/05/18 | 31/05/18 | 31 | 527 | 20,44% | 30,66% | 1.866.101.998 | 42.869.958 | 161.648.898 | |
| 1/06/18 | 30/06/18 | 30 | 687 | 20,28% | 30,42% | 1.866.101.998 | 41.183.571 | 202.832.469 | |
| 1/07/18 | 31/07/18 | 31 | 820 | 20,03% | 30,05% | 1.866.101.998 | 42.105.176 | 244.937.644 | |
| 1/08/18 | 31/08/18 | 31 | 954 | 19,94% | 29,91% | 1.866.101.998 | 41.936.854 | 286.874.498 | |
| 1/09/18 | 30/09/18 | 30 | 1112 | 19,81% | 29,72% | 1.866.101.998 | 40.334.060 | 327.208.559 | |
| 1/10/18 | 31/10/18 | 31 | 1294 | 19,63% | 29,45% | 1.866.101.998 | 41.355.850 | 368.564.409 | |
| 1/11/18 | 30/11/18 | 30 | 1521 | 19,49% | 29,24% | 1.866.101.998 | 39.753.242 | 408.317.651 | |
| 1/12/18 | 31/12/18 | 31 | 1708 | 19,40% | 29,10% | 1.866.101.998 | 40.923.548 | 449.241.199 | |
| 1/01/19 | 31/01/19 | 31 | 1872 | 19,16% | 28,74% | 1.866.101.998 | 40.471.321 | 489.712.520 | |
| 1/02/19 | 28/02/19 | 28 | 111 | 19,70% | 29,55% | 1.866.101.998 | 37.432.333 | 527.144.853 | |
| 1/03/19 | 31/03/19 | 31 | 263 | 19,37% | 29,06% | 1.866.101.998 | 40.867.083 | 568.011.936 | |
| 1/04/19 | 30/04/19 | 30 | 389 | 19,32% | 28,98% | 1.866.101.998 | 39.443.876 | 607.455.813 | |
| 1/05/19 | 31/05/19 | 31 | 574 | 19,34% | 29,01% | 1.866.101.998 | 40.810.600 | 648.266.412 | |
| 1/06/19 | 30/06/19 | 30 | 697 | 19,30% | 28,95% | 1.866.101.998 | 39.407.443 | 687.673.856 | |
| 1/07/19 | 31/07/19 | 31 | 829 | 19,28% | 28,92% | 1.866.101.998 | 40.697.579 | 728.371.435 | |
| 1/08/19 | 31/08/19 | 31 | 1018 | 19,32% | 28,98% | 1.866.101.998 | 40.772.934 | 769.144.369 | |
| 1/09/19 | 30/09/19 | 30 | 1145 | 19,32% | 28,98% | 1.866.101.998 | 39.443.876 | 808.588.245 | |
| 1/10/19 | 16/10/19 | 16 | 1293 | 19,10% | 28,65% | 1.866.101.998 | 20.722.140 | 829.310.385 | |

Valga reiterar que estos intereses moratorios no corresponden a una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una de las obligaciones principales caucionadas, pues ya se explicó que la sanción pecuniaria pactada no cumple una función indemnizatoria, ni da lugar a cobrar indemnización de perjuicios y pena; puesto que se trata de intereses moratorios derivados de la mora en el pago de la sanción pecuniaria.

7.5 Pretensiones de condena quinta y sexta

Las pretensiones quinta y sexta de condena presentadas por la demandante consisten en:

"Quinta. *Que se condene a la Demandada al pago de las costas y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral."*

"Sexta. *Que se condene a la Demandada al pago de las agencias en derecho a favor de los Demandantes."*

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *"los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso."*¹⁰³

En esta materia, el proceso se rige tanto por la Ley 1563 de 2012 como por el Código General del Proceso, norma que en su artículo 365 dispone lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

¹⁰³ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

"(...)

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)."

En el presente caso prosperan las pretensiones declarativas principales, al igual que la mayoría de las pretensiones denominadas "Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes a todos los grupos de pretensiones", y también se acoge gran parte de las pretensiones de condena, si bien con algunas diferencias en los montos reconocidos; paralelamente se niegan la mayoría de las excepciones formuladas por la Convocada.

En virtud de lo anterior, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la norma citada, determina que las costas del proceso se distribuyen entre las partes del proceso en un veinte (20%) por ciento a cargo de la convocante y en un ochenta por ciento (80%) a cargo de la convocada, de acuerdo con la siguiente liquidación:

7.5.1 Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral.

| Concepto | Valor |
|--|-----------------------|
| Honorarios de los 3 Árbitros | \$ 308.700.000 |
| IVA 19% | \$ 58.653.000 |
| Honorarios de la Secretaria | \$ 51.450.000 |
| IVA 19% | \$ 9.775.500 |
| Gastos de Administración - Centro de Arbitraje | \$ 51.450.000 |
| IVA 19% | \$ 9.775.500 |
| Gastos de funcionamiento del Tribunal | \$ 10.000.000 |
| Total | \$ 499.804.000 |

Teniendo en cuenta que i) la convocante pagó inicialmente el cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal; ii) que la convocada posteriormente le reembolsó el cincuenta por ciento a su cargo, con lo cual la convocante asumió el cincuenta por ciento a su cargo, y iii) que de acuerdo con la decisión adoptada la convocante solo debe asumir el veinte por ciento (20%) de los mismos, para dar

cumplimiento a tal decisión se condenará a Best Coal Company S.A.S. a pagar a favor de la parte convocante la suma de ciento cuarenta y nueve millones novecientos cuarenta y un mil doscientos pesos (\$149.941.200) por concepto de gastos y honorarios del Tribunal Arbitral.

7.5.2 Agencias en derecho

Para la fijación de las agencias en derecho el Tribunal acudirá a un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no advierte tacha en la conducta procesal de las partes o de sus apoderados, quienes, por el contrario actuaron a lo largo del proceso con apego a la ética y al profesionalismo. Por lo anterior, considera razonable establecerlas en un total de \$102.900.000, monto que debe ser asumido en un ochenta por ciento (80%) por la parte Convocada, de manera tal que esta deberá pagar a la parte Convocante la suma de ochenta y dos millones trescientos veinte mil pesos (\$82.320.000).

7.5.3 Gastos en que incurrió la parte Convocante

La parte Convocante presentó una liquidación de los gastos en que incurrió, con los respectivos soportes, por un valor total de **\$1.160.400**, suma que el Tribunal encuentra acreditada respecto de los siguientes conceptos¹⁰⁴:

- | | |
|---|------------|
| - Radicación documentos según tabla anexa: | \$344.500. |
| - Tiquetes aéreos de los convocantes para atender diligencia de declaración de parte: | \$815.900. |

Tal como se dijo líneas atrás, la parte convocada debe asumir ochenta por ciento de las costas del proceso y dentro de estas se encuentran los gastos en que incurrió la parte convocante y que quedaron probados en el proceso. De acuerdo con lo anterior, para dar cumplimiento a la decisión adoptada en materia de costas se condenará a Best Coal Company S.A.S. a pagar a favor de la parte convocada la suma de novecientos veintiocho mil trescientos veinte pesos (\$928.320).

¹⁰⁴ Cuaderno Principal No. 4.

7.5.4 Condena en costas total

De acuerdo con la liquidación anterior, la parte convocada deberá pagar a favor de la convocante por concepto de costas del proceso, las siguientes sumas de dinero:

| | |
|---|--------------------|
| Honorarios y Gastos del Tribunal: | \$ 149.941.200 |
| Costos incurridos por la convocante con motivo del proceso: | \$ 928.320 |
| Agencias en derecho: | \$ 82.320.000 |
| Total: | \$ 233.189.520 |

En consecuencia, el Tribunal acogerá parcialmente las pretensiones quinta y sexta de condena.

8. JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte convocante estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones, de la siguiente manera:

*"Monto adeudado contrato de promesa de compraventa: \$1.860.896.700,00.
Cláusula Penal: \$5.000.000.000,00.
Total: \$6.860.896.700,00."*

La parte convocada objetó el juramento estimatorio, indicando que las pretensiones de la demanda son económicas y por tanto no susceptibles de estimación juramentada. Señaló que el valor de las obligaciones pactadas en el Contrato de Promesa de Compraventa no corresponde a indemnizaciones, compensaciones o pago de frutos y mejoras, y afirmó que el Tribunal Arbitral no puede "*dar valor probatorio*" al juramento estimatorio, y en consecuencia, salvo plena prueba en contrario, no puede reconocer los valores relacionados por la convocante.

Para el análisis de este tema el Tribunal parte de lo previsto en el artículo 206 del C.G.P., que establece lo siguiente:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la

demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

"Parágrafo. *También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá*

al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas."

"La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

Como se observa, la norma consagra la aplicación de una sanción a cargo de quien realiza el juramento estimatorio, cuando lo estimado exceda en un 50% la suma que finalmente resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios siendo esto imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

Analizado el resultado del proceso observa el Tribunal que no se dan las hipótesis establecidas en la ley para imponer las sanciones que la misma contempla, en tanto que el monto estimado bajo juramento no es superior en un cincuenta por ciento que aquel que resultó probado y tampoco sucede que las pretensiones que no prosperan carezcan de demostración de los perjuicios.

Por las razones anteriores, el Tribunal se abstendrá de imponer la sanción contemplada en el artículo 206 del C.G.P.

Finalmente, en cumplimiento de lo previsto en el primer inciso del artículo 280 del C.G.P. el Tribunal destaca que a lo largo del proceso, las partes y sus apoderados obraron con apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, por lo cual no cabe censura o reproche alguno, y menos la deducción de indicios en su contra.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre **Gloria Lucía Echeverry Lacouture, Lissett Elena Monterroza Meyer y José Daniel Echeverry Lacouture**, como parte convocante, y **Best Coal Company S.A.S.**, como parte convocada, en decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar no probadas las excepciones primera y segunda que la Convocada denominó *"El tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones primera y segunda declarativas"* e *"Indebida integración del contradictorio – Falta de legitimación en la causa por pasiva de BCC respecto de las pretensiones derivadas de responsabilidad precontractual"*, respectivamente

Segundo. Declarar no probada la excepción tercera que la Convocada denominó *"Inexistencia de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes"*.

Tercero. Declarar que prospera la excepción cuarta que la Convocada denominó *"Ausencia de abuso de posición de dominio de CCX en la estructuración, redacción, negociación y celebración del Contrato de Promesa de Compraventa de fecha 9 de marzo de 2011 y sus otrosíes"*.

Cuarto. Declarar no probada la excepción quinta presentada por la Convocada en cuanto se refiere a *"Ausencia de posición de dominio contractual"*, y declararla probada en lo que se refiere a la *"Ausencia de abuso de derecho de BCC como cesionaria de CCX en el contrato de Promesa"*.

Quinto. Declarar no probada la excepción sexta que la Convocada denominó *"La condición pactada en el literal D) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa no es ambigua"*.

Sexto. Declarar no probada la excepción séptima que la Convocada denominó *"Imposibilidad de rebelarse contra los actos propios"*.

Séptimo. Declarar no probada la excepción octava que la Convocada denominó *"Inexistencia de incumplimiento del Contrato de Promesa de Compraventa"*.

Octavo. Declarar no probada la excepción novena que la Convocada denominó *"Imposibilidad de cumplimiento de la obligación de pago de derecho de uso de agua por causa imputable exclusivamente al promitente vendedor"*.

Noveno. Declarar no probada la excepción décima que la Convocada denominó "*Improcedencia de exigibilidad de la cláusula penal*".

Décimo. Declarar que la cláusula quinta del contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 de fecha 9 de marzo de 2011, denominada "CONDICIÓN RESOLUTORIA", fue extendida y dictada por la Promitente Compradora. Con lo anterior prospera la pretensión subsidiaria de la primera pretensión declarativa principal.

Décimo Primero. Declarar que la condición suspensiva incluida en el ordinal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 es ambigua debido a una falta de explicación que ha debido darse por la promitente compradora. Con lo anterior prospera la pretensión segunda declarativa principal.

Décimo segundo. Declarar que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, debe interpretarse en contra de la promitente compradora y a favor de los promitentes vendedores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil. Con lo anterior prospera la pretensión tercera declarativa principal.

Décimo Tercero. Declarar que la condición suspensiva incluida en el literal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, se refiere a la adquisición de los derechos reales sobre los inmuebles en los cuales se realizará el pozo minero (*mining pit*) del Proyecto Cañaverales. Con lo anterior prospera la pretensión cuarta declarativa principal

Décimo Cuarto. Declarar que la condición suspensiva incluida en el ordinal d) de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 se encuentra cumplida desde el día 7 de mayo de 2012, fecha del en que se registró la escritura pública de compraventa de los inmuebles "*Villa Tere*" y "*Villa Tere II*". Con lo anterior prospera la pretensión quinta declarativa principal

Décimo Quinto. Por haber prosperado las pretensiones declarativas principales, abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones declarativas subsidiarias.

Décimo Sexto. Declarar que desde el día **7 de mayo de 2012** están cumplidas la totalidad de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026. Con lo anterior prospera la pretensión primera del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Séptimo. Declarar que desde el **7 de mayo de 2012**, fecha de cumplimiento de la totalidad de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026, surgió la obligación en cabeza de la promitente compradora de notificar el acaecimiento de las mismas a los demandantes para luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras de "El Predio La Esmeralda" al quinto día hábil siguiente, de conformidad con la cláusula séptima del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026. Con lo anterior prospera la pretensión segunda del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Octavo. Declarar que la promitente compradora no ha cumplido con la obligación de notificar el acaecimiento de las condiciones de la cláusula quinta del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 a los demandantes y luego proceder a firmar la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y el contrato de compraventa de las mejoras de "El Predio La Esmeralda" al quinto día hábil siguiente, y por tanto está incumpliendo el citado Contrato de Promesa de Compraventa. Con lo anterior prospera la pretensión tercera del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Décimo Noveno. Declarar que la promitente compradora incumplió el deber secundario de información derivado del principio de buena fe objetiva. Con lo anterior prospera la pretensión sexta del Grupo de Pretensiones declarativas comunes.

Vigésimo. Declarar que la proumitente compradora no ha cumplido con la obligación contractual de pagar el servicio público suministrado por Electricaribe S.A. ESP, la tasa por uso de agua a favor de Corpoguaajira, ni en forma oportuna realizó el pago del impuesto predial del municipio de Fonseca relacionados con La Esmeralda, desde la fecha de la entrega de la tenencia de la misma. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión octava del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Primero. Declarar que la promitente compradora incumplió algunas de las obligaciones derivadas del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026.

Con lo anterior, prospera parcialmente la pretensión novena del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Segundo. Denegar las pretensiones primera declarativa principal y cuarta, quinta, séptima con su subsidiaria y décima del Grupo de Pretensiones Declarativas Comunes.

Vigésimo Tercero. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a comparecer a la notaría treinta y uno del círculo de Bogotá el **día 7 de noviembre de 2019 a las 10:00 a.m.** para proceder con la firma de la escritura pública de compraventa de La Esmeralda y de las mejoras sobre "El Predio". Con lo anterior prospera pretensión primera de condena.

Vigésimo Cuarto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la última parte de precio pactado en el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de que se haya registrado la escritura pública de venta cuya suscripción se ordenó en el numeral anterior y de que se haya expedido el folio de matrícula en donde conste la tradición, en los siguientes montos:

- A favor de GLORIA LUCIA ECHEVERRY LACOUTURE: Ochocientos catorce millones ciento cuarenta y dos mil trescientos seis pesos con veinticinco centavos (\$814.142.306,25).
- A favor de JOSÉ DANIEL ECHEVERRY LACOUTURE: Ochocientos catorce millones ciento cuarenta y dos mil trescientos seis pesos con veinticinco centavos (\$814.142.306,25).
- A favor de LISSET ELENA MONTERROZA MEYER: Doscientos treinta y dos millones seiscientos doce mil ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$232.612.087,50).

Con lo anterior prospera la pretensión segunda de condena.

Vigésimo Quinto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la suma de mil ochocientos sesenta y seis millones ciento un mil novecientos

noventa y ocho pesos (\$1.866.101.998) por concepto de la cláusula penal pactada en el Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026.

Vigésimo Sexto. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes, intereses moratorios a la máxima tasa autorizada en la ley, sobre el valor de la cláusula penal del Contrato de Promesa de Compraventa No. FS0019-SJ0026 determinado en el numeral anterior, calculados desde la fecha de notificación de auto admisorio de la demanda y hasta la fecha de su pago efectivo, monto que liquidado a la fecha de este laudo asciende a la suma de ochocientos veintinueve millones trescientos diez mil trescientos ochenta y cinco pesos (\$829.310.385).

Con lo dispuesto en este numeral y en el anterior, anterior prospera parcialmente la pretensión cuarta de condena.

Vigésimo Séptimo. Denegar la pretensión tercera de condena.

Vigésimo Octavo. Abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del C.G.P.

Vigésimo Noveno. Condenar a Best Coal Company S.A.S. a pagar en favor de los demandantes la suma de doscientos treinta y tres millones ciento ochenta y nueve mil quinientos veinte pesos (\$233.189.520), por concepto de costas del proceso.

Con lo anterior prosperan parcialmente las pretensiones quinta y sexta de condena de la demanda.

Trigésimo. Disponer que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Trigésimo Primero. Ordenar que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para honorarios y gastos y que se proceda a devolver las sumas no utilizadas de esta última partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Trigésimo Segundo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

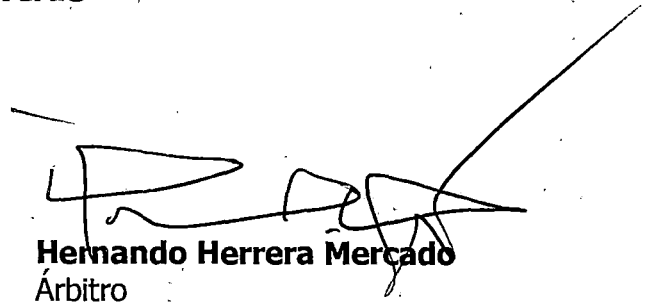
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



Sergio Muñoz Laverde
Presidente



Jorge Pinzón Sánchez
Árbitro



Hernando Herrera Mercado
Árbitro



Gabriela Monroy Torres
Secretaria